غ

٢١

١٩٩

ط

٢١

علي بن محمد بن علي [illegible]
الانصاري الحنفي

الجزء ~~الاول~~ السابع من الغايه في شرح الهدايه

لقاضي القضاه شمس الدين السروجي الحنفي

رحمه الله تعالى

ملكه الفقير الى الغني المنان
سعد علي ابن ابراهيم خان
عفي عنه

[illegible]

وقف المرحوم قاضي زاده محمد افندي بجامع شهزاده

ملكه الفقير الى رحمة الله
عبد الله بن نامزجان بن عبد الله
عفي عنهم

Süleymaniye U. Kütüphanesi
Kısmı: Kadızade Mehmet
Yeni Kayıt No: 199
Eski Kayıt No:

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر

باب الظهار

في الصحاح والمغرب
يقال ظاهر من امراته وتظاهر واظهر واظاهر وتظهر تظهيرا
كل ذلك اذا قال لامراته انت علي كظهر امي والظهر في قوله
عليه السلام لا صدقة الا عن ظهر غنى مقحم كما في ظهر القلب
وظهر الغيب وظاهره اذا اعانه وظاهر بين ثوبين ودرعين
اذا لبس احدهما فوق الاخر وقد تقدم في الحج وانما عدي بمن
وان كان ظاهر متعديا مثل كارمت زيدا لانهم كانوا اذا ظاهروا
المراه اجتنبوها وتباعدوا منها كما في الايلا وبمعناه في
احكام ابن شداد وفي المحيط والمنافع الظهار في اللغة مقابلة
الظهر بالظهر والرجل والمراه اذا كان بينهما شحنا يدبر كل
واحد منهما ظهره الى الاخر وفي مبسوط الطوسي الامامي
سمي ظهارا اشتقاقا من الظهر وخص به دون البطن والفرج
والفخذ لان كل بهيمة تركب ظهرها فلما كانت الزوجة تركب
وتغشى شبهت بذلك والمعنى ركوبك علي محرم كركوب امي
ظهارا وفي جامع الاصول اصله انهم ارادوا انت علي كبطن
امي يعني كجماعها فكنوا عن البطن بالظهر لانه عمود البطن وللمجاوره
وقيل ان اتيان المراة من ظهرها كان محرما عندهم فقصد المطلق
التغليظ في تحريم امراته فيشبهها بالظهر ثم لم يقنع بذلك
حتى يجعلها كظهر امه وفي المغني كل مركوب ظهر يقال فلان
له ظهر اذا كان له مركوب لحصر به لاجل الركوب على ظهرها في الغالب

فشبهوا الزوجة بذلك قوله اذا قال
الرجل لامراته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له
وطيها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره والمراد
مسها بشهوه وتقبيلها بشهوه ذكره في الكشاف ونظر
الى ظهرها وبطنها وكذا في الروضه والعيون وفي المحيط
والخزانه قوله انت مني كظهر امي وعندي كظهر امي ومعي كظهر
امي وانا منك مظاهر وظاهرت كلها صريح في الظهار والاصل
فيه قوله تعالى قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي
الى الله والله يسمع تحاوركما ان الله سميع بصير الذين يظهرون منكم
من نسائهم ما هن امهاتهم ان امهاتهم الا اللاي ولدنهم وانهم
ليقولون منكرا من القول وزورا وان الله لعفو غفور والذين
يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل
ان يتماسا الايه والزور الكذب وقال تعالى وما جعل ازواجكم
اللاي تظهرون منهن امهاتكم فان قلت فقد قال الله تعالى
وازواجه امهاتهم وقال تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم فكيف
الجمع بينهما وبين قوله تعالى ان امهاتهم الا اللاي ولدنهم
قلت عنه جوابان احدهما ان القران كله كشي واحد
يروى ذلك عن علي رضي الله عنه كانه قيل ان امهاتهم الا اللاي
ولدنهم وازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وامهات
الرضاعه والجواب الثاني ان ازواجه عليه السلام وامهات
الرضاع امهات حكميه والوالدات امهات حقيقيه فلا منافاه

بينهما عن خولة وروى خولة بنت مالك بن ثعلبه قالت ظاهر مني زوجي اوس بن الصامت بن قيس فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم اشكو اليه ورسول الله يجادلني فيه ويقول اتقي الله فانه ابن عمك فما برحت حتى نزل القران قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها الى الفرض فقال عليه السلام يعتق رقبه قلت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين فقلت يا رسول الله شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قلت ما عنده من شي يتصدق به قال عليه السلام فاني ساعينه بعرق من تمر قلت يا رسول الله فاني اعينه بعرق آخر قال احسنت اذهبي فاطعمي بها عنه ستين مسكينا وارجعي الى ابن عمك قال والعرق ستون صاعا رواه ابو داود واحمد بن حنبل والعرق بفتح العين والرا المهملتين مكتل يسع ثلثين صاعا قال ابو داود وهذا اصح وعن عطا عن اوس ان النبي عليه السلام اعطاه خمسة عشر صاعا من شعير اطعام ستين مسكينا قال ابو داود هذا مرسل لم يدرك عطا اوسا قلت هو منقطع وعن عايشه رضي الله عنها انها قالت الحمد لله الذي وسع سمعه الاصوات لقد جات خوله الى رسول الله تشكو زوجها وكان يخفى علي كلامها فانزل الله عز وجل قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع تحاوركما ان الله سميع بصير الايات رواه النسائي وهذا لفظه وابن ماجة ورواه البخاري تعليقا وفي روايه ابن ماجه وهي تشتكي زوجها الى رسول الله وتقول يا رسول الله اكل شبابي ونثرت له بطني حتى اذا كبرت سني وانقطع ولدي ظاهر مني اللهم اني اشكو اليك

فما برحت حتى نزل جبرئيل بهؤلا الايات وفي سنن ابي [illegible] ان خوله بنت ثعلبه كانت تحت اوس بن الصامت فظاهر منها وكان به لمم فجات رسول الله وقالت والذي بعثك بالحق ما جئتك الا رحمة له فان له في منافع الحديث وهو مرسل قال الخطابي لم ترد باللمم الجنون وانما ارادت هو كثير الالمام بالنسا والشغف بهن وفي الكشاف وكان به جنة ولمم وفي جامع الاصول اللمم طرف من الجنون وقولها ونثرت له بطني اي ولدت له اولادا والظهار كان طلاقا في الجاهليه فقرر الشرع اصله اي اعتبره ولم يلغه ونقل حكمه الى تحريم موقت بالتكفير غير مزيل لعصمة النكاح وهذا مما لا اختلاف فيه بين العلما والظهار جنايه لانه منكر من القول وزور وكذب حقيقه وكذا حكما لان الامة الحكميه انما ثبتت بالشرع لا بقوله فجوزي على ذلك بتحريمها عليه وارتفاعه بالتكفير على ما ياتي عن قريب وفي المنافع الظهار تشبيه المنكوحة بمحرمه على التابيد وركنه قوله انت علي كظهر امي ونحوها وشرطه ان يكون المشبهه منكوحه واهليته ان يكون المظاهر من اهل الكفارة وحكمه حرمه الوطي الى غايه التكفير مع بقا ملك النكاح بمنزله الحيض وفيه اعلم ان الكفاره تجب بالظهار والعود لان الظهار منكر وزور فهو كبيره محضه فلا يصلح سببا لوجوب الكفارة لانها عباده او المغلب فيها معنى العباده فلا يكون سببها محظورا محضا فعلق وجوبها بهما لتخف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو امساك بمعروف بعد الظهار ومثله في الينابيع والحواشي وفي المحيط

سبب وجوب الكفارة العزم على الوطى وشرطه الظهار ولابد للكفارة من الذنب ويتحقق بالظهار كسبب وجوب الطهارة هو العزم على الصلاه وشرطه الحدث قلت اذا كان للحكم سبب وشرط يتكرر الحكم بتكرر سببه دون تكرر شرطه وهنا الامر بالعكس فان الكفارة تتكرر بتكرر الظهار دون تكرر العزم على الوطى وهذا مشكل على قول صاحب المحيط وليس الظهار في الشرطيه كالحدث فان وجوب الطهاره لا يتكرر بتكرر الحدث قال وحكمه انه لا يحل له وطيها بنكاح ولا بملك يمين ولا بعد زوج اخر حتى يكفر لان حرمته موبده لا ترتفع الا بالتكفير وفي المبسوط لكن بمجرد العزم على الوطى لا يستقر الكفاره عندنا حتى لو ابانها بعد هذا او ماتت او مات لا يجب الكفارة قلت وهذا دليل على ان الكفارة غير واجبة عندنا لا بالظهار ولا بالعود اذ لو وجبت لما سقطت بل موجب الظهار ثبوت التحريم فاذا اراد رفعه فلا بد من الكفاره لرفع الحرمة حتى لو لم يرد ذلك ولم تطلب المراه بالوطى لا يجب عليه الكفارة اصلا قال الشيخ ابو بكر الرازي في احكام القران له يقال له ان اردت ان تستبيح وطيها الذي حرمته على نفسك فلا تطاها حتى تكفر لان الكفاره واجبة بل هي شرط رفع التحريم كقوله تعالى فاذا قرات القران فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم يعني فقدم الاستعاذة قبل القراه وقد قلنا ان الظهار لا يوجب الكفارة وانما يوجب تحريما يرتفع

بالكفارة حتى لو لم يرد وطيها فلا كفارة عليه فان [illegible] ماتت فلا كفارة عليه اذ كان حكم الظهار ايجاب التحريم فقط موقتا باداء الكفارة وفي الينابيع ان رضي ان يكون محرمة عليه ولا يعزم على وطيها لم يجب عليه كفارة ولو عزم على وطيها ثم تركه لا يجب عليه الكفاره وكذا لو مات احدهما وهو قول الثوري وفي التبصرة المالكيه على القول ان العود للوطى تكون الكفارة تبيح الوطى ولا تجب بمنزله من اراد ان يصلي نفلا يقال له قدم لها طهاره فان انثنى عزمه عن ذلك لم يجب عليه طهارة وكذا المظاهر وجب عليه ان يقدم الكفارة كما تقدم المتنفل الطهارة وفي المغني ان الكفارة لا تجب بمجرد الظهار فاذا مات او ماتت او فارقها فلا كفارة عليه هذا قول عطا والحسن والنخعي والاوزاعي والثوري وقد ذكرناه ومالك في الصحيح وابي عبيد وقال طاوس ومجاهد والشعبي والزهري وقتادة ومالك في قول تجب بنفس الظهار واختلف اهل العلم في قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا ان العود ما هو فنقول فيه مذاهب تسعة المذهب الاول مذهبنا ومن قال بقولنا وهو العزم على اباحة الوطى الذي حرمه على نفسه واللام بمعنى الى وهو مذهب من ذكرنا في مسلة الكفارة والمذهب الثاني انه اذا اراد الوطى واجمع عليه فقد تحققت العوده ووجبت بها الكفاره ولا تسقط الكفارة وان ماتت او طلقها ذكره مالك في موطاه وحكى ابن رشد في المقدمات قولا له وذكر ابن حزم انه رواية اشهب عنه والمذهب

الثالث [illegible] ارادة الوطى مع استدامة العصمة فان اجمع
على الوطى دون استدامة العصمة لم تجب الكفارة وان استدام
عصمتها ولم يجمع على الوطى لم تجب الكفارة ولو كفر لا تجزيه
وهذا قول ملك في المدونه وعندنا تجزيه وفي شرح مختصر
الكرخي للقدوري لو بانت منه بالطلاق او تزوجت بغيره
وكفر صح التكفير والمذهب الرابع العود الوطى نفسه
رواه عبد الوهاب عن ملك قال ابو الوليد في المقدمات
فعلى هذا القول لا تجزيه التكفير قبل الوطى واذا اجمع على الوطى
واستدامة العصمه فله ان يطاها قبل الكفاره مرة فاذا وطيها
وجبت عليه الكفاره ان اراد الوطى ثانيه واستدامت العصمه
فان رجعت نيته عن الوطى او ماتت او طلقها سقطت الكفارة
ما لم يطاها ثانيه وجواز الوطى قبل التكفير مصادمه للقران
والمذهب الخامس العود ان يسكت عن طلاقها عقيب
الظهار في زمان يمكنه طلاقها ولم يطلقها وبه قال الشافعي
واصحابه وبعض الظاهريه والمذهب السادس ان
العود ان يعود فيتكلم بالظهار مرة ثانيه ولا يجب عليه بالاول
شي ويحل له وطيها وهو قول داود الاصبهاني الظاهري
واصحابه ونصره ابن حزم وزيف بقيه المذاهب وروي
ذلك عن بكير بن الاشج وابي العاليه والمذهب السابع
الكفارة تجب بنفس الظهار ولا اعتبار للعود وبه قال مجاهد
وغيره والمذهب الثامن العود هو الوطى نفسه لكن

تقدم الكفارة عليه قال ابن بطال وهو قول [illegible] وبهذا
المذهب يخالف المذهب الرابع في ان التكفير فيه قبل الوطى
وفي الرابع لا تجزيه قبل الوطى والمذهب التاسع
ذكر ابو الوليد في المقدمات عن ابن قتيبه ان العوده هي
العوده في الاسلام لا نفس القول بالظهار الذي كانوا يظاهرون
به في الجاهليه ويعدونه طلاقا وذكر ابن شداد
انه العود الى عادتهم في الجاهليه في تعاطي الظهار وهو قول
الثوري وفي احكام القران للرازي قوله ما اراك الا قد
حرمت عليه يحتمل ان يريد حرمة الطلاق ويكون هذا الحكم
ثابتا قبل نزول ايه الظهار ولا يكون ذلك من حكم الجاهليه
لانه عليه السلام لا يعمل بحكم الجاهليه الا بنص جا مقررا له
وقوله ما اراك الا قد حرمت عليه اي ما اظن فلم يكن ذلك
جزما بالحرمة فلا يصح حينيذ لذلك في الايه ومن الحاوي
للماوردي قيل عمل بذلك في صدر الاسلام ثم نسخ وقيل
لم يعمل به قال ابن حزم في المحلى قالت طايفة ان العود
هنا ارادة الوطى ولا يلزمه كفارة حتى يريد وطيها فحينيذ
تلزمه فان امتنع عن وطيها سقطت الكفارة وهكذا ابدا
وهو اشهر قولي مالك وروي عن عبد العزيز بن الماجشون وما
نعلم احدا قال بقولها وهي اسقط الاقوال وقالت طايفة
ان الظهار يوجب تحريما لا يرفعه الا الكفاره ولو لم يطاها حتى
ماتت فلا كفارة عليه وسوا اراد في خلال ذلك وطيها اولم

يرد فان فعلها ثلثا فلا كفارة عليه فان عاد وتزوجها عاد
حكم الظهار ولا يطاها حتى يكفر وهذا قول ابي حنيفة
قال والظهار قول كانوا يقولونه في الجاهلية فنهوا
عنه فكل من قال ذلك فقد عاد لما قال هذا قريب في الفساد
من قول مالك لانه حكم بالباطل ولعب وكذب ظاهر لان
الذين قالوا ذلك في الاسلام لم يقولوه في الجاهلية قط
وذكر هذين القولين يغني عن الرد لظهور فسادهما ولانهما شرع
ما لم ياذن به الله وانهما لا يحفظان قبل ابي حنيفة ومالك قال
فلم يبق الا قولنا وهو ان يقول انت علي كظهر امي مرتين ولا
يكون العود للقول الا بالتكرير ولا يعقل في اللغة غير هذا
وبهذا جاءت السنة قال كما روينا عن ام المومنين عايشه
ان جميلة امراة اوس بن الصامت وكان به لمم فكان اذا اشتد
به لممه ظاهر فانزل الله كفارة الظهار قال وهذا يقتضي
التكرار ولا بد ولا يصح في الظهار الا هذا الخبر وكل ما عداه
فساقط او مرسل واما من رواية من لا خير فيه قلت
انظر الى السفيه الجاهل المختل كيف نسب قول الامامين
الجليلين اللذين هما ثلثا الاسلام الى البطلان واللعب والكذب
الظاهر والتحكم في الدين بما لم ياذن به الله ولا يضر السحاب
نباح الكلاب واطباق الامه على تقليدهما ولم يلتفتوا الى
الظاهرية ولا عدوا خلافهم قادحا في الاجماع وفساد قول
الظاهرية غير خفي وانكره البخاري وقال في العربية لما قالوا اي

فيما قالوا وفي نقض ما قالوا رواية المستملي وفي نقض ما قالوا
رواية ابي الهيثم وهذا اولى لان الله تعالى لم يدل على المنكر وقول
الزور وقال الصفاقسي في شرح البخاري لما قالوا اي
فيما قالوا وفي نقض ما قالوا كذا عند ابي ذر وهو بين وعند الشيخ
ابي الحسن بعض بالعين وفي تفسير المهدوي يعودون لما كانوا عليه
من الجماع فتحرير رقبة لاجل ما قالوا وقال الزجاج ثم يعودون
لارادة الجماع من اجل ما قالوا وقال الفرا اللام بمعنى عن
اي يرجعون عن ما قالوا فيريدون الوطء كقوله عليه السلام العايد
في هبته كالعايد في قيئه اي الراجع فيها فالعود الرجوع عن ذلك
لان الظهار تحريم فاذا قصد رفعه فقد عاد في ذلك ورجع عنه
والعود فعل ضد قوله الاول ومنه العايد في عدته وهو
التارك لما وعد والعايد فيما نهي عنه هو فاعل المنهي عنه قال الله
تعالى ثم يعودون لما نهوا عنه والمظاهر محرم للوطء على نفسه ومانع
لها منه والعود فعله لا تكرير القول وقال ابو البقا لما قالوا
للمقول فيه والعود العزم لا تكرير القول هنا وقال مكي قول
الظاهرية غلط وليس العود ان يعود الى ما قال ولا الى ما كان فيه
بدليل تسميتهم الاخرة معادا ولم يكن فيها احد فيعود اليها وقال
قتادة ثم يعودون لما قالوا من التحريم فيحلونه وكذا قال مجاهد
والفرا وهولاء اهل اللغة والعربية فقد قالوا خلاف قوله
وكذبوه فيما قال انه لا يعقل في اللغة غير هذا الذي هو تكرير
القول وقيل المعنى ثم يعودون لقولهم وهو بمعنى المقول اي لوطء المقول

فيها الظاهر كنسج اليمن وقيل لامساك المعول فيها الظهار واللام
على الاول متعلقة بتحرير رقبة وهو قول الاخفش وعلى الثاني بيعودون
ولان التحريم لما كان لازما للقول جعل التحريم قولا لانه سببه وفي الكشاف
ثم يعودون لما قالوا يعني والذين كانت عادتهم ان يقولوا هذا
القول المنكر فقطعوه بالاسلام ثم يعودون لمثله فكفارة من عاد
ان يحرر رقبة ثم يماس المظاهر منها ووجه اخر اي ثم
يتداركون ما قالوا لان المتدارك للامر عائد اليه ومنه المثل
عاد غيث على ما افسد اي تداركه بالاصلاح والمعنى ان تدارك هذا
القول وتلافيه بان يكفر حتى ترجع حالهما كما كانت قبل الظهار ووجه
ثالث وهو ان يراد بما قالوا ما حرموه على انفسهم بلفظ الظهار
تنزيلا للقول منزلة المقول فيه قال ونحوه ما ذكرنا في قوله تعالى
ونرثه ما يقول والذي يدل على بطلان قول الظاهرية ايضا ان الظهار
الاول اذا لم يوجب تحريما ولا كفارة فالثاني مثله فتخلو الاية عن التحريم
والكفارة وهو تعطيل للقران نعوذ بالله من ذلك وقال اسمعيل بن
اسحق القاضي المالكي لو كان المراد به ثم يلفظون بالظهار مرة اخرى
لما وقع بعده فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ومراده والله اعلم
اذا لم يوجبها اذا لم يوجبها الاول مع كونه منكرا من القول وزورا
لا يوجبها الثاني لانه اعادة لغير الموجب وقال ابو الوليد في
المقدمات قول الظاهرية ابين الاقوال في الفساد لبعده من النظر
وخلافه للاثر وفي حديث عكرمة عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان رجلا ظاهر من امراته ثم واقعها الحديث على ما ياتي

رواه ابو داود والنسائي وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن
غريب صحيح قال المنذري رجاله ثقات وسماع بعضهم من بعض مشهور
وعكرمة احتج به البخاري في غير موضع وليس فيه تكرير لفظ الظهار
ولا في غيره فبطل قوله وليس في الظهار الا هذا الخبر وحده وكل ما
عداه فساقط الى اخره وحديثه الذي تعلق به انفرد به ابو داود
وهو من رواية محمد بن الفضل ابي النعمان السدوسي المعروف بعارم
قال ابن حبان اختلط في اخر عمره فكان لا يدري ما يحدث به فوقعت
المناكير الكثيرة في روايته فلا يحتج به الا بعد التبيان وقال ابو بكر بن
العربي لم يصح في الظهار حديث مع ان مذهبه خلاف اجماع السلف فلا
يلتفت اليه وفي طريقه الاخرى اسمعيل بن موسى الفزاري وكان غاليا
في التشيع وقال ابن عدي قد احتمله الناس وقال النسائي هو
كوفي ليس به باس وقد ذكر ابو بكر بن العربي انه لا يصح وليس حديثه
مما يحكم بصحته مع ان قول الراوي وكان اذا اشتد به لممه ظاهر ليس
فيه ما يدل على انه لا يصير مظاهرا اذا قال انت علي كظهر امي حتى يقوله
مرتين وقال السرخسي قول داود ضعيف لان ذلك لو كان مرادا
لقال ثم يعيدون ما قالوا قلت حرف الجر في التعدية كالهمزة ولا فرق
ولهذا لم اجد احدا من المحققين ذكر هذا السؤال على الظاهرية قال
ابو الوليد في المقدمات واما قول الشافعي انه متى ظاهر ولم يطلقها
متصلا بظهاره فقد وجبت عليه الكفارة لوجود العودة هو قول
فاسد يدل على فساده القران واللغة على ان اصحابه يدعون انه علم

اللغة لان الله تعالى قال ثم يعودون لما قالوا وثم للتراخي عند جميع اهل اللغة لا خلاف بينهم في ان الرجل اذا قال لقيت زيدا ثم عمرا ان المفهوم من قوله لقا عمرو بعد لقا زيد بزمان متراخ والعصمة لم تنفصل بالظهار فكيف يصح ان يقال ثم يكون كذا لما لم يزل كاينا هذا محال وقوله خطا من وجه اخر وهو انه اوجب عليه الكفارة بتركه الطلاق فيكون معنى قوله تعالى على مذهبه ثم يعودون يعني لم يطلقوا وثم يعودون اثبات ولم يطلقوا نفي فلو صح ما قال لكان الايجاب نفيا والنفي ايجابا وهو محال وقوله ايضا خطا من وجه ثالث وهو ان قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا يوجب ان يحدث منهم شي لم يكن قبل والمظاهر لم يطلق في حال الظهار ولا قبله فاذا ظاهر ولم يطلق بعد الظهار فهو كما قال قبل لم يحدث منه شي بعد لا فعل ولا قول فيستحيل معنى قوله ثم يعودون لان العايد انما يعود لشي قد كان فارقه والمظاهر لم يفارق زوجته بالظهار وانما فارق المسيس فهو المعنى المقصود بالعودة اليه انتهى كلام ابي الوليد مع الشافعي وقال ابو الحسن بن بطال في شرح البخاري ويرد قول الشافعي ان العود ترك طلاقها مع التمكن منه ان الذي كان مباحا له بالعقد هو الوطي وقد حرمه عليه بالظهار فكانت الكفارة لرفع ما حرمه بالظهار دون ما سواه لان النكاح انما وضع له فقط ولما ثبت انه لا يجوز وطيها حتى يكفر علم انها انما شرعت لرفع الحرمة الثابتة بالظهار لا لامساكه عن طلاقها اذ الامساك عن طلاقها ليس بجناية وايجاب التكفير يشعر بالجناية ورفعها بالكفارة

ولان الظهار لو كان يحرم الامساك وكان العود اليه رجوعا لكان طلاقا لان الامساك اذا حرم ارتفع العقد فكان طلاقا او فسخا لان باحدهما يرتفع النكاح فاذا كان الظهار كذلك لا يدخله الكفارة لان الفراق لا يرتفع بالكفارة وقد ثبت ان الكفارة ترفع الحرمة الحاصلة بالظهار وتبيح الوطي وثبت العود الى رفع ما حرمه الظهار من الوطي الا ترى انه لو حلف لا يطاها فقد حرم الوطي دون الامساك فالظهار مثله قال الشيخ ابو بكر الرازي يبطل قول من قال ان العود امساكها عقيب الظهار والبقا على النكاح من وجهين احدهما ان الظهار لم يوجب تحريم العقد والامساك حتى يكون العود امساكها والبقا على نكاحها والثاني ان ثم للتراخي ومن جعل العود الامساك عن طلاقها عقيب الظهار فقد ترك حكم ثم المقتضي للتراخي وذلك لا يجوز وقد ذكرنا هذا الوجه قبله ولان امساكها لو كان عودا لوجبت الكفارة في الظهار الموقت واذا حرم وطيها قبل التكفير حرم بدواعيه كما قلنا في الاعتكاف والاحرام على ما تقدم تحقيقه وبه قال الزهري والاوزاعي والنخعي وملك وابو عبيد والشافعي في احد قوليه وابن حنبل في احدى الروايتين قال ابن قدامة في المغني وقال الثوري واسحق وابو حنيفة لا يحرم ونقله عن ابي حنيفة غلط بخلاف الحايض والصايم وقد تقدم فلا نعيده

قوله فان وطيها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شي عليه غير الكفارة الاولى يعني لا شي عليه غير ما يجب في قصد حلها للوطي وهي التي يومر بها اذا اراد وطيها بعد هذا وهذا قول الجمهور منهم

مجاهد وطاوس وابن سيرين والحسن وجابر وابرهيم النخعي وسعيد بن
المسيب وابو مجلز وعبد الله بن اذينة وعطا والثوري ومالك
واحمد واسحق وابو ثور وابو عبيد واختاره ابن المنذر وذهب
عمرو بن العاص وقبيصة بن ذويب وابن جبير والزهري وقتادة
الى وجوب كفارتين وعن الحسن البصري والنخعي يجب ثلث كفارات
ذكرها في المحلى لنا حديث ابن عباس ان رجلا اتى رسول الله صلى الله
عليه وسلم وقد ظاهر من امراته فوقع عليها فقال يا رسول الله
اني ظاهرت من امراتي فوقعت عليها قبل ان اكفر فقال ما حملك على
ذلك يرحمك الله قال رايت خلخالها في ضوء القمر قال فلا تقربها حتى
تفعل ما امرك رواه ابو داود والنسائي وابن ماجه والترمذي وقال
حديث حسن غريب صحيح وقد تقدم ولم يوجب عليه كفارتين وعن
سلمة بن صخر البياضي من بني بياضة قال كنت امرا اصيب من النسا
ما لا يصيب غيري فلما دخل شهر رمضان خفت ان اصيب من امراتي شيا
يتتابع بي حتى اصبح فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان فبينا هي تخدمني
ذات ليلة اذ تكشف لي منها شي فلم البث ان نزوت عليها فلما اصبحت
خرجت الى قومي فاخبرتهم وقلت امشوا معي الى رسول الله قالوا لا والله
فانطلقت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته فقال انت بذاك
يا سلمة قلت انا بذاك مرتين وانا صابر لامر الله فاحكم في ما اراك الله
قال حرر رقبة قلت والذي بعثك بالحق ما املك رقبة غيرها وضربت
صفحة رقبتي قال فصم شهرين متتابعين قلت وهل اصبت الا من الصيام قال
اطعم ستين مسكينا وسقا من تمر بين ستين مسكينا قلت والذي

بعثك بالحق لقد بتنا ليلتنا وحشين ما لنا طعام قال فانطلق الى
صاحب صدقة بني زريق فليدفعها اليك فاطعم ستين مسكينا وسقا من تمر
وكل انت وعيالك بقيتها فرجعت الى قومي فقلت وجدت عندكم الضيق
وسوء الراي ووجدت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم السعة وحسن
الراي وقد امر لي بصدقتكم رواه ابو داود واحمد وابن ماجه والترمذي
مختصرا وقال حديث حسن ويقال سلمان بن صخر وسلمة بن صخر وعند احمد بن حنبل
لقد بتنا ليلتنا وحشى وما لنا عشا وفي لفظ لابي داود وبياضة من بني زريق وعنه عن النبي
عليه السلم في المظاهر يواقع قبل ان يكفر قال كفارة واحدة رواه ابن ماجه والترمذي
وقال حديث حسن غريب وروي بتنا وحشين قال الخطابي معناه بتنا مقفرين
لا طعام لنا يقال رجل وحش اذا لم يكن له طعام وقد توحش للدوا اي احتمى له ذكره
الهروي وفي جامع الاصول اوحش الرجل جاع وتوحش خلا بطنه وبتنا ليلتنا
وحشى كانه قال جماعة وحشى والسابع النهاية واللاج في الشي والسكران سابع
اي يرمي بنفسه وقد لا يكون الا في الشر مسئلة يصح الظهار موقتا عندنا وهو
قول ابن عباس وعطا والثوري وابن حنبل واسحق وابي ثور واحد قولي الشافعي وفي قوله
الاخر لا يكون ظهارا وهو قول ابن ابي ليلى والليث لان الذي ورد في القران غير موقت
وقال مالك يتابد وقال طاوس وابن ابي ليلى عليه الكفارة ولنا حديث سلمة بن صخر
انه ظاهر من زوجته ستة شهر رمضان ثم واقعها فيه وقد صحح النبي عليه السلام
ظهاره وامره بالكفارة وما سواه على خلاف ما التزمه فلا يعتبر والالغا غير صحيح
مسئلة وايهما مات في الظهار ورثه الباقي منهما لقيام النكاح في قول الجمهور وقال
قتادة ان ماتت لا يرثها حتى يكفر ولو ماتت لا يسقط الظهار وقال قتادة يسقط

فان تحسها فلا كفارة عليه وللشافعي قولان كالمذهبين وقول ثالث انه لا يعود
بالثلث ويعود بما دون الثلث مسئلة والرضاعة والصهرية كالام
عندنا وذلك مثل الاخوات والجدات والعمات والخالات وكذا من الرضاعة
والبنات وبنات البنات وبنات البنين وكل من كانت محرمة عليه على
التابيد وهو الضابط وهذا ما لا خلاف فيه عندنا وبه قال الحسن البصري
والشعبي والنخعي وجابر بن زيد وعطا والزهري والاوزاعي والثوري
ومالك واحمد واسحق وابو عبيد وابو ثور وقال قتادة وداود وروي
عن الشعبي وقول للشافعي رحمه الله تعالى انه لا يكون الا بالام ومنهم
من الحق الجدة بها وفي الحاوي للماوردي لو قال انت علي
كظهر اختي او عمتي او خالتي فهو مظاهر في الجديد وفي القديم لا وقال
الشعبي ان الله لم ينس البنات والعمات والخالات وانما الظهار من الام قال
الماوردي وبه قال ابو حنيفة رحمه الله لامرين احدهما ان حرمة الام اغلظ فلا يجوز
ان يلحق بها غيرها والثاني لو اراد الله سبحانه ذلك لنص على الادنى ليدخل
الاعلى بطريق الاولى ونقله عن ابي حنيفة غلط والجديد هو مذهب ابي حنيفة
رحمه الله واصحابه بلا خلاف واليه رجع الشافعي رحمه الله في الجديد
قال ابن سيده في المحكم الظاهر من كلام العرب هو بذوات المحارم ولا
يقيد في قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم والمعنى يعم المحارم كلها
لكونه منكرا من القول وزورا بخلاف الاجنبية لانه لا يعقل التحريم

الا في بعض

الا في بعض الاوقات ولا خلاف في ان التشبيه بالامتعة والاموال
لا يصح كمتاع فلان وماله لانه قد يملكه وفي كظهر اختي من لبن الفحل
وكظهر امراته من الملاعنة لا يصير مظاهرا ذكره في جوامع الفقه وكذا
ظهر المجوسية وان شبهها بامراة زنى بها ابوه او ابنه او بامراة زنى
هو بامها او بنتها فهو مظاهر عندهما خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم
بحل نكاحها ولو قبل امراة بشهوة او مسها بشهوة او نظر الى فرجها
بشهوة ثم شبه زوجته بامها او بنتها لا يصير مظاهرا عند
ابي حنيفة اذ حرمة الدواعي ليست منصوصا عليها بخلاف الوطي
وفي شرح القدوري لو زنى ابوه او ابنه بامراة فشبهها بامها او
ابنتها يصير مظاهرا عند ابي يوسف ولا ينفذ عنده حكم الحاكم بحلها
له وعند محمد لا يصير مظاهرا وينفذ حكم الحاكم بحلها عنده ذكره في
الكيساني ولو قال انت علي كظهر ابي او قريبي او كظهر اجنبي لم
يكن مظاهرا لحل مسه والنظر اليه واما اذا قال كفرج ابي او قريبي
قال في المحيط ينبغي ان يصير مظاهرا اذ فرج الرجل في الحرمة كفرج
امه قلت ان اراد بفرجه دبره فهو صحيح وان اراد به ذكره
فهو بعيد من معنى الظهار لان الاصل ركوبك علي كركوب امي ولا
يتاتى ذلك في الذكر ولو شبهها باخت امراته او عمتها او خالتها
او باجنبية كان لها زوج او لا لم يصر مظاهرا لعدم تابيد الحرمة
وعند مالك يصير مظاهرا وعن ابن حنبل روايتان وكذا في ظهر الاب
والاجنبي والبهيمة والدم روايتان عنده وقال ابن القسم بصحته
في ظهر الاب ومثله عن جابر بن زيد والجمهور على انه لا يصير مظاهرا

في ذلك كله ذكره في المغني وان شبهها بروحها او بشعرها او بسنها
او ظفرها فليس بمظاهر وان قال انت علي كبطن امي او كفرجها او كفخذها
او ركبتها فهو مظاهر وعند الظاهرية يختص بظهر الام دون بقية
الاعضا والمحارم وان قال كراس امي او كعنقها او كعضدها او كيدها
او رجلها او انفها او اذنها لم يكن مظاهرا عندنا خلافا للايمة الثلثة
لان راس امه وبقيه اعضايها المذكوره يجوز له النظر اليها فلم يكن
محرمه عليه في حق النظر والمس بغير شهوه وهم جعلوا العله التلذذ
بذلك وهو باطل بالشعر والسن ولم يصر بذلك مظاهرا في الحاوي
للماوردي قال ابو حنيفه ما يحيى بعد فقدها لا يصير مظاهرا
بالتشبيه به وما لا يحيى بفقده يصير مظاهرا بالتشبيه به
والضابط الذي ذكره عن ابي حنيفه لم يعلم به ونقله عنه غلط فان
بعد زوال الراس لا يحيى قطعا وقد ذكرنا انه لا يصير به مظاهرا
وبقطع فخذها جاز ان يحيى ويصير به مظاهرا وانما المدرك فيها ما
ذكرته ويصح الظهار من الصغيره والرتقا والقرنا والحايض والنفسا
والكافره والامه الزوجه والمجنونه وغير المدخول بها لعموم من نسايهم
وزعم قوم انه لا ظهار قبل الدخول وحملوا العود على الوطي بعد الوطي
وقال ابو ثور لا ظهار من الرتقا والقرنا مسـلـه لا يصح
ظهار الكافر عندنا وبه قال مالك وقال الشافعي وابن حنبل يصح
وهو روايه البرامكه عن ابي حنيفه والاول روايه الاصل لنا
قوله تعالى الذين يظهرون منكم الايه والكافر ليس منا ثم قال
يقولون منكرا من القول وزورا وشرك الكافر وجحده لنبوه رسول الله

صلى الله عليه وسلم اعظم من المنكر والزور بخلاف المسلم فاذا اقدم
على منكر وكذب ترتب عليه الكفاره لمحو اثرها ولا فايده لمحو
اثرها مع بقا الشرك وجحد النبوه ثم قال وان الله لعفو غفور
والكافر لا يتوجه عليه عفو ولا غفران ولا يتوجه اليه مثل هذا
الخطاب ومثل هذا التحريم انما ينتهي بالكفاره والكافر ليس من
اهلها ولا سيما عندهم فانه لا يملك رقبه مومنه والمراد بالايه
الثانيه هو المراد بالاولى وفي الاخرى ذكر الكافرين مستدركا وقوله
ليومنوا بالله ورسوله يمنع دخول الكافر في الايه اذ المومنون
مراد بها بالاجماع فلو دخل الكافر ايضا فيها لزم الجمع بين الحقيقه
والمجاز لان المراد في حق المومنين ليدوموا على الايمان وفي حق
الكافرين ليدخلوا في الايمان ولا سيما الاولى مطلق والثانيه
مطلق ومن اصلكم حمل المطلق على المقيد فان زعموا ان الحكم مختلف
ونحن لا نحمل المطلق على المقيد في مسله قلنا لم يختلف حكمهما بل
في الايه الثانيه بيان احكام المظاهر المتقدم وهو العود ووجوب
الكفاره وترتيبها ذلك ابتدا بعموم اخرين وقالوا الظهار كان
طلاقا في الجاهليه فنقل الى غيره فصح من المسلم والكافر كالايلا
قلنا لا يجوز نقل احكام الجاهليه فانها باطله بغير شرع والايلا
الكافر ممنوع على قولها والفرق لابي حنيفه ان الايلا له حكمان
وجوب الكفاره بالحنث وهذا لا يمكن في حق الكافر ووقوع الطلاق
بالبر فصح باعتبار الثاني وهم يعتقدون حرمة اسم الله ويصونونه
من هتك حرمته ولا كذلك تحريم الظهار فانه ليس فيه طلاق ولا

تحريم يرتفع بالكفارة اذ لا كفارة على الكافر لانها عبادة او المغلب فيها معنى العبادة ولهذا يشترط فيها النية فلم تشرع في حق الكافر فبقي تحريما مؤبدا وهو خلاف النص وقالوا الغى قيد الايمان في المظاهر كما الغي في قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها والكافر كذلك عنه جوابان احدهما ان الالغا على خلاف الاصل وقد عرف هناك الالغا بالاجماع ولا اجماع هنا فلو الغينا هنا ايضا يلزم تكثير مخالفة الاصل فلا يصار اليه والثاني ان العدة انما وجبت بعد الدخول خوف اختلاط الانساب ولا اختلاط قبل الدخول فلا موجب فيستوي فيه المسلم والكافر بخلاف الظهار فانه على خلاف القياس وقد ورد في حق المسلمين فلا يقاس عليهم غيرهم وقال الماوردي ينتقض بالمرتد فانه يصح منه الظهار ولا تجب عليه الكفارة قلت نقله باطل لا يصح منه الظهار لان بالردة تبين زوجته منه ولا يصح الظهار من المبانة وقال ابن قدامة الكفارة عقوبة في حق الكافر عبادة في حق المومن قلنا لو كانت عقوبة في حق الكافر لما افتقرت الى النية قال يصح من الكافر كالنية في الكنايات قلنا هذا قياس بغير علة جامعة اذ نية الكفارة لتقع عبادة ونية الكنايات لتخلص الطلاق عن غيره اذ الكناية تحتمل الطلاق وغير الطلاق حتى لو وجدت قرينة ارادة الطلاق يقع بغير نية عندنا وعند ابن حنبل ولان اشتراط النية في الكنايات ليس لايقاعه عبادة بالاجماع لان الطلاق لا يحتمل العبادة لانه ابغض المباحات فاعتبار النية في الكفارة بالنية في كنايات الطلاق باطل وفي النهاية ان كان الذمي معسرا قادرا على الصوم فالذي ذكره القاضي انه لا ينتقل الى الاطعام ولا يصير الكفر عذرا في حقه فان اراد الخلاص فليسلم وليصم والا استمر التحريم فيصير الظهار تحريما مؤبدا وهو خلاف القران كما ذكرنا قبل هذا قال وهذا فيه نظر فالخطاب بالعبادة البدنية لا يتوجه على الكافر الاصلي ويؤول في حقه الى الاعتاق والاطعام ويرد عليه ان الاطعام بدل الصيام فلا يجوز تقدير البدل في حق من لا يتحقق في حقه المبدل وهذا يوجب اسقاط الخطاب فان العاجز لا يخاطب وحكمنا على الذمي باكثر حرمة الظهار عليه بعد وحمله على الاسلام اكراه وفي الحاوي الحرمة ازلية وطارية مثال الثانية في الرضاع ان يرتضع صبية من امه بعد ولادته فتصير اختا محرمة بعد ان لم تكن اختا ومثال المصاهرة الطارية ان يتزوج ابوه امراة بعد ولادته او يكون بنت امراته او ام زوجته فتصير محرمة بالمصاهرة بعد ان لم تكن محرمة فلا يكون مظاهرا اذا شبه زوجته باحدى هولاء وكذا لو شبهها بامراة لاعن منها لان ذلك تحريم طرا بعد ان لم يكن ومثال الازلي في الرضاع ان يرتضع صبية من امه قبل ولادته فلا يوجد الا والتحريم موجود ومثاله في المصاهرة ان يتزوج ابوه امراة قبل ولادته ثم يولد من غيرها فلا يوجد الا وتحريمها موجود وعندنا يثبت الظهار في الكل كما يثبت حرمة الرضاع والمصاهرة في الكل ولا اصل لهذا

التفصيل لانه لم يرد به كتاب ولا سنه ولا عرف عن احد قبلهم وهذا
التفصيل فصله المزني والربيع عنه مسـئله قالت انت علي
كظهر ابي او قالت انا عليك كظهر امك قال اصحابنا لا يصح
ظهار المراة هكذا في احكام القران لابي بكر ومثله في المبسوط وعن
ابي يوسف عليه كفارة يمين وقال الحسن بن زياد هو ظهار
وقال محمد ليس بشي هو الصحيح فذكر ذلك لابي يوسف فقال هذان
شيخا الفقه قد اخطا هو يمين منها فعليها كفارة اليمين لانها
يصح منها والظهار لا يصح منها وفي الينابيع والروضه والغزنوي
هو يمين عند ابي يوسف ظهار عند الحسن كما ذكره في احكام القران
وفي شرح المختار للفتوى حكى الخلاف بين ابي يوسف والحسن على
العكس ومثله في المفيد والمزيد وشرح مختصر والمبسوط والمحيط
جعله ظهارا عند ابي يوسف وفي الحاوي هو كنايه ولا يصح ظهارها
من زوجها واحتج الاوزاعي بحديث عايشه بنت طلحة بن عبيد الله
خطبها مصعب بن الزبير فقالت هو كظهر ابي ان تزوجته فلما ولي
العراق ارسل اليها فارسلت تسال والفقها بالمدينه متوفرون
فافتوها ان تعتق رقبه وتتزوجه وقال ابرهيم لو كانت عند زوجها
حتى قالت ذلك لم يكن عليها عتق واوجب الاوزاعي عليها كفارة
الظهار كما ذكرنا وان كانت تحت زوج فعليها كفارة يمين وقال
الشيخ ابو بكر لا تجب عليها كفارة اليمين لان الرجل لا تلزمه بذلك
كفارة يمين وهو الاصل فكذا المراه وبه قال الحسن وملك والشافعي
وابن حنبل والثوري والليث واسحق وابو ثور وروى الطحاوي عن

الكرخي؟

ابن ابي عمران عن علي بن صالح عن الحسن بن زياد انه قال هي مظاهره
بذلك قال علي فسالت محمد بن الحسن فقال ليس عليها شي فاتيت
ابا يوسف فسالته وذكرت له قولتهما فقال هذان شيخا الفقه
قد اخطا هو تحريم عليها كفارة يمين كما لو قالت انت علي حرام
فـروع وفي المحيط لو استثنى يوم الجمعه لم يجز تكفيره
فيه في روايه الحسن ولو ظاهر يوما او شهرا صح تقيده ولا
يبقى بعد مضي المده وان ظاهر الى شهر لم يصر مظاهرا حتى يمضي الشهر
كما لو اضاف الطلاق الى شهر فانه يقع بعده وكذا في جوامع الفقه
ولو علق الظهار بالشرط ثم ابانها ثم وجد الشرط في العده لا يصير
مظاهرا بخلاف الابانه المعلقه ولو قال انت علي كظهر امي في
رجب ورمضان فكفر في رجب اجزاه عنهما وفي شعبان لا يجزيه عن
رمضان لعدم الحرمه في شعبان وفي جوامع الفقه لو ظاهر
من امراته ثم اشرك معها اخرى او قال انت علي مثل هذه ينوي الظهار
صح وكذا بعد موتها وبعد التكفير وفي الحاوي يصح الظهار من
المطلقه الرجعيه ولا يصير عايدا مع صحة الظهار حتى يراجعها
قلـت وينبغي ان لا يصح الظهار منها لان وطيها عليه
حرام فكان صادقا في التشبيه فلم يكن منكرا من القول وزورا
فكانت كالمبانه عندهم وعندنا هي زوجه فلا اشكال علينا ولان من
اصلهم انه يصير عايدا بالسكوت عن طلاقها هذا هو حكم المظاهر
عندهم فقد خالفوا اصلهم واعتبروه بالطلاق قال امام الحرمين
التحريم في الرجعيه ثابت والنزاع البائنة تفيد مزيد تحريم فانه يقطع

بها سلطته في الرجعة حتى لا يملك رجعتها بعدها ونقص عدد
الطلاق والظهار ليس فيه شيء من ذلك فاعتباره به ضعيف جدا
وليس في تحريمها فائدة الا تحريم محرمه وهو تحصيل الحاصل وفي
الحاوي ثم باي شيء تجب الكفارة فقولان احدهما بنفس الرجعة التي صار
بها عايدا حتى لو اتبعه طلاقا لم تسقط عنه الكفارة قاله في الام
والثاني لا تجب حتى يتمكن من طلاقها ولا يطلق فلو اتبعها طلاقا لم
يصر عايدا ولا تجب الكفارة وان لم يراجعها حتى انقضت عدتها بطل
ظهارها فان تزوجها لا يعود في احد قولي الجديد وفي القديم واحد
الجديد اذا تزوجها صار عايدا بنفس التزوج ووجبت عليه الكفارة
ولم تسقط بالطلاق والثاني ما مر من مضي الزمان ولو قال انت
امي لا يصير مظاهرا وفي المغني لو قال انا مظاهر او علي الظهار لا
يصير مظاهرا وفي الخزانة انا منك مظاهر او قد ظاهرت منك
فهو ظهار وقد تقدم ويكره ان يقول لامراته يا أخته ورد النهي
عن ذلك وفي الاسبيجابي والمبسوط والينابيع لو قال ظهرك علي كظهر
امي او بطنك او فخذك او جنبك او يدك او رجلك لا يكون مظاهرا وعند
الثلثة مظاهر ولو قال انت علي كظهر امك فهو مظاهر وكذا كظهر بنتك
بعد الدخول وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى
به الطلاق لا يصح قال لانه منسوخ هذا فيه نظر لان النسخ
يستدعي ان يكون مشروعا في الاسلام والمشهور انه كان طلاقا في
الجاهلية فلا يتحقق النسخ وقد ذكرنا الخلاف فيه والجيد ما ذكره قاضي
خان وهو انه منصوص عليه فلا يحتمل غيره وفي خزانة الاكمل لو قال

راسك علي كظهر امي او فرجك فهو مظاهر لانه يعبر به عن جميع
البدن وكذا لو قال ظهرك علي كظهر امي وكذا وجهك ورقبتك وعنقك
وبدنك وجسدك ونصفك وثلثك لتعديه ومنهم من قال في الظهر
والبطن يصير مظاهرا ويقع الطلاق المضاف اليهما والصحيح الاول
لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن ولو اخر التكفير فلها مطالبته به
والقاضي يجبره عليه ويمنع نفسها من القربان والمس والتقبيل ولو
قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب وعن محمد للمظاهر ان يقبل
امراته اذا قدم من السفر للشفقة قال اجبر المظاهر على التكفير
لنفرتها فان ابى حبس وان ابى يضرب ولا يضرب في الدين وقوله
ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته بخلاف قوله
انت امي حيث لا ينوي ولا يكون ظهارا لعدم التشبيه وظهور
الكذب فيه او قصد الكرامة ذكره في جوامع الفقه فان قال اردت
به الكرامة والاجلال كان كما قال لان الاكرام بالتشبيه فاش في
الكلام وهو اكثر استعمالا من الاستعارة فان قولك زيد كالاسد
اكثر من قولك زيد الاسد كانك قلت هو هو ففيه زيادة
مبالغة ومنه ابو يوسف ابو حنيفة اي سادّ مسدّه قائم مقامه
وان قال اردت به الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها
فدخل الجزء في الكل وانما ينوي لكثرة استعماله في الكرامة فلم يبق
نصا في الظهار وان قال اردت الطلاق فهو طلاق بائن لانه
تشبيه بالام في التحريم فكانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق
او لم ينو على المختار في الفتوى لغلبته في الطلاق بخلاف قوله انت علي

مثل امي فانه عبر غائب فيه وان لم يكن له نية فليس بشي عندهما لانه محمل ولم يتبين وعند محمد ظهار لان التشبيه بعضو من الام لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وكذا عن ابي يوسف اذا كان في حال الغضب قلنا لو كان كذلك لما احتاج الى النية ولان التشبيه بالجميع محتمل للكرامة وغيرها بخلاف التشبيه بالظهر والبطن والفرج على ما تقدم وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف يكون ايلا ليكون الثابت به ادنى الحرمتين لانه متيقن وفي الزيادة شك وبيان انه ادناهما فان الواجب فيه اطعام عشرة وفي الظهار ستين وصومه ثلثة متتابعات وفي الظهار صوم ستين متتابعة وخصاله على التخيير وفي الظهار على الترتيب ولانه ممنوع عن وطيها حتى يكفر بالاعتاق مع القدرة عليه وفي اليمين لا منع وعند محمد ظهار للتشبيه وقيل بالاجماع ذكره في شرح المختار وان نوى الكذب قال محمد يدين الا في حال الغضب فيكون يمينا وفي الحاوي كامي ومثل امي كناية كما قلنا وفي الجواهر اللفظ الذي فيه صريح وكناية ظاهرة وخفية فالصريح قوله انت على كظهر امي فهو ظهار ولا يكون طلاقا وان نواه وعن ابن القسم يكون ثلثا ولا يصدق في اقل من ذلك والكناية الظاهرة ذكر الظهر في غير المحرم او التشبيه بالمحرم من غير ذكر الظهر كقوله انت على مثل امي او كامي او حرام كامي او مثل امي او كفخذ امي وكقوله انت على كظهر فلانة الاجنبية وهي متزوجة فهو ظهار ولا يقبل قوله لم ارد به شيا وان نوى التحريم كانت عليه حراما والخفية ما لا يحتمل

الظهار بوجه كقوله ادخلي واخرجي تقنعي ونحوها فان نوى به الظهار لزمه والا لم يلزمه به شي وقوله انت كظهر امي بمنزلة قوله انت طالق ولم يقل مني وهذا اتفاق بين الامة وان قال نصفك على كظهر امي فهو ظهار وفي النهاية انت كظهر امي صحيح كقوله انت طالق واحترزوا بقولنا في قوله انت على كفرج امي قلت اخراجه عن الظهار بعيد وان كان الجزء المشبه به يشعر بالكرامة كالعين والروح ولم ينو شيا فمنهم من حمله على الكرامة يحكى عن القفال ومنهم من جعله ومنهم من جعله ظهارا وهو تفريع على ان التشبيه بالبطن لا يكون ظهارا فبالعين اولى ان لا يكون ظهارا واختلفوا في الراس فمنهم من جعله كالبطن والظهار اذا اضيف الى البعض كان صريحا واذا اضيف الى الجملة كان مترددا واذا قال لاجنبية او مبانة ان نكحتك فانت على كظهر امي يصير مظاهرا اذا تزوجها وبه قال مالك ولم ينعقد عند الشافعي كما لا ينعقد الايلا والطلاق وحكى في التقريب قولا مثل قول ابي حنيفة في الطلاق والايلا وذكره في الظهار وعزاه الى القديم ولو قال انت على كظهر امي ثم جن او مات عقيبه قالوا لا يكون عائدا فان افاق فهل يكون بعد الافاقة عودا على وجهين كالرجعة ولو قال ان لم اتزوج عليك فانت على كظهر امي ثم مات صار مظاهرا قبل موته قاله ابن الحداد وقال هو عائد يلزمه الكفارة لانه ظاهر ولم يطلق قال وغلطوه وقالوا لم يثبت العود لموته عقيب الظهار فان قال من مات عقيب الظهار يلزمه الكفارة فقد خالف ما عليه الجماعة والموت عقيب الظهار لا ينحط

عن الطلاق ولو قال ان دخلت الدار فانت علي كظهر امي فكفر قبل الدخول
قال ابن الحداد يجزيه عنه وزعم ان تعليق الظهار احد سببي الكفارة
وخالفه معظمهم وقالوا هذا تقديم الكفارة على سببي الكفارة جميعا
لان سببها الظهار والعود ولا يحصل الظهار قبل دخول الدار
قلت هم يقولون ان التعليقات اسباب في الحال دون وجود
الشرط ولهذا قالوا في تعليق الطلاق والعتق بالملك هو سبب في
الحال فمنعوا لعدم الملك وعندنا سببيتها معلقة بالشرط ولا تصير
سببا الا عند وجود الشرط فيكون طلاقا وعتقا بعد الملك وهو
خلاف ما قالوا هنالك وعندنا وعند مالك لا يجزيه قوله
ولو قال انت علي حرام كامي ونوى به الظهار او الطلاق فهو على
ما نوى لانه يحتملهما الظهار للتشبيه والطلاق للتحريم والتشبيه
تاكيد كما لو قال انت طالق كامي او كظهر امي وان لم تكن له نية فعلى
قول ابي يوسف ايلا ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعلى قول محمد
ظهار لان التشبيه محكم في الظهار فيحمل التحريم عليه وان قال
انت علي حرام كظهر امي ولم ينو شيئا فهو ظهار بالاجماع وان نوى
طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة وابن حنبل وفي احد
قولي الشافعي والقول الثاني ان نوى طلاقا كان طلاقا وهو قول
ابي يوسف ومحمد وان قال انت علي كظهر امي حرام لم يكن الا
ظهارا وان نوى غيره قال ابن قدامة في المغني ليس فيه اختلاف
بحمد الله لانه صرح بالظهار وبينه بقوله حرام فاذا نوى طلاقا
في الاول لم يكن ظهارا عند محمد وعند ابي يوسف يكون طلاقا وظهارا

الطلاق بالتحريم والظهار بالتشبيه قال قاضي خان ولا منافاة
بينهما ومن طلق ثم ظاهر ثم طلق يصح كذلك هاهنا قلت
هذا اذا طلق رجعيا واما اذا طلق بائنا ثم ظاهر لا يصير مظاهرا
وهنا الطلاق الواقع بالتحريم بائن فكيف يلحقها الظهار والعذر
لابي يوسف ان كونه ظهارا لا يفتقر الى النية فاذا نوى الطلاق
يقع بعده او معه فيصح واستشهاد قاضي خان غير جيد وفي
الحواشي لا يصدق في الصرف عن الظهار قضاء لانه ظاهر كلامه
بمنزلة من قال زينب طالق لامراته المعروفة ثم قال لي امراة
اخرى اسمها زينب واياها عنيت يقع الطلاق على تلك باعترافه
وعلى المعروفة بالظاهر قال ولكن هذا ضعيف فان الطلاق
لو وقع بالحرام كان الظهار منها بعدما بانت وذلك لا يصح
قال ذكره في المبسوط ولابي حنيفة ان قوله انت علي كظهر
امي لا يحتمل غير الظهار ولهذا لو اقتصر عليه ونوى غيره لا يصدق
في الصرف عن الظهار والتحريم يحتمل وجوها فكان الاول الذي
هو كظهر امي محكما والتحريم محتمل فيحمل المحتمل على المحكم لما عرف
ولا يجوز الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن
مظاهرا عندنا وهو قول ابن عمر وابن عمرو وابن عباس وبه قال
مجاهد وابن ابي مليكة والنخعي والشعبي وابن المسيب وربيعة وهو
قول الشافعي وابن حنبل وابن راهويه وقال سليمان بن يسار
وابن جبير وعكرمة والحسن بن حي والزهري وقتادة وعمرو بن
دينار والمنصور بن المعتمر والثوري وجميع الظاهرية وابو سليمان

الخطابي يصير مظاهرًا منها ومنهم من قال ان كان يطاها يصير مظاهرًا
والا فلا ومالك لم يشترط الوطي وقال عطا عليه نصف كفارة
الحر وعن ابن حنبل عليه كفارة الظهار وهو ليس بمظاهر والصحيح
عليه كفارة يمين ذكره في المغني ولنا ان الظهار كان طلاقا فاروي
ذلك احمد بن حنبل عن ابي قلابه وقتاده وهكذا ذكره الكرخي والقدوري
والاسبيجابي والسرخسي وخلق كثير غيرهم من اصحابنا ومالك في المدونة
وابن رشد في المقدمات والماوردي في الحاوي وامام الحرمين في
النهايه فنقل الى ما ذكرنا فلا يكون في غير من لا يصلح للطلاق ولان
الله قال والذين يظهرون من نسايهم ونساوهم عند الاطلاق هن
ازواجهم كما في الايلا فصار كما لو حرم عليه طعامًا او شرابًا او ثيابًا
لا يصير محرمًا واحتج ابن حزم بقوله تعالى وامهات نسايكم فيما
حرم علينا وقد دخل في ذلك باجماع منا ومنهم الاما مع الحراير
قلنا ادعا الاجماع باطل فان من كان له امه لم يطاها لا يحرم عليه
امها وعندك وعند مالك يصير مظاهرًا من امته وطيها او لم يطاها
واذا وطيها انما يحرم امها بحرمة وطي الام بعد وطي البنت لا باعتبار
انها من امهات نسايِنا ثم قال قال قوم ان كان يطا الامة فعليه
كفارة والا فلا وصح هذا القول عن ابن جبير وعكرمه وطاوس والزهري
وقتاده ذكره ابن حزم في المحلى شرح المجلى ولان المقصود في المنكوحه
حل الوطي والحل في ملك اليمين تابع غير مقصود بل المقصود فيه ملك
الرقبه والاستخدام ولهذا يجوز ان يشتري المجوسيه واخته من
الرضاع ويستمر ملكه فيهما بدون حل الوطي بخلاف النكاح حيث لا يجوز

فيهما فلا يلحق بالمنكوحة ولا يتناولها لفظ نسايهم لقصور المعنى فيها
فان تزوج امراة بغير اذنها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار
باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول
وزورا والظهار ليس بحق من حقوقه ليتوقف بتوقفه والاعتاق
في البيع الموقوف واعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق
الملك اذ العتق مقصود بالشرا ولا كذلك الظهار فان الانسان
لا يقصد بالتزوج ليظاهر من زوجته ويقصد بالشرى ان يعتق
المشترى وان يستخدمه وغير ذلك ولانه مثبت للحرمة والنكاح
مثبت للحل وبينهما تناف والنكاح مشروع والظهار غير مشروع
فكيف يكون غير المشروع من حقوق المشروع بخلاف الاعتاق فانه
منه للملك وفيه خلاف مالك بنا على جواز الظهار من الاجنبيه
وقد تقدم ومن قال لنسايه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا
منهن جميعًا وهذا مما لا خلاف فيه كما لو قال انتن طوالق وعليه
لكل واحدة كفارة اذا قصد وطيها عندنا وهو قول الحسن والنخعي
والزهري ويحيى بن سعيد الانصاري والحكم والثوري واليه رجع
الشافعي في الجديد وقال مالك وابن حنبل واسحق وابو ثور
لم يكن عليه اكثر من كفارة واحدة وروا ذلك عن عمر وعلي وعروه
وطاوس وعطا وربيعه وروي عن علي رضي الله عنه الاثرم واعتبروه
باليمين بالله تعالى ولنا ان الحرمة ثبتت في كل واحدة فلا يحل وطي
كل واحدة الا بتقديم الكفاره لانها لرفع الحرمه او لانهايها فاذا
كفر عن واحدة للعزم على وطيها فان قالوا ارتفعت الحرمة عن البقيه

فهذا بعيد لانه انما كفر عن معينه لقصد وطيها لا غير فكيف يرتفع
الظهار عن الباقيات وان لو ابطاهن مع بقايهن على الحرمة فهذا
لا يقول به احد فصار كما لو ظاهر منهن بكلمات بخلاف اليمين بالله تعالى
والايلا لان الكفارة وجبت لهتك حرمة اسم الله تعالى وهو لم يتعدد
حتى لو تعدد هناك تعدد الكفارة بالحنث ايضا والدليل على ذلك
ان الكفارة في اليمين والايلا لا تجب الا بعد الحنث لان هتك حرمته
لا يحصل الا بالحنث وهنا تجب اذا قصد وطي المظاهر منها من غير
حنث اذ لا يمين هنا وقال ابن قدامه الظهار يمين مكفرة فلا
تجب الكفارة الا بالحنث وهو فعل ما حلف على تركه كسائر الايمان
وهو يمين يقتضي ترك الوطي فلا تجب كفارتها الا به كالايلا وما قاله
باطل من وجوه احدها ان قوله الظهار يمين ليس بصحيح بل هو
منكر من القول وزور وهو الكذب والكفارة لاباحة الوطي
لا للحنث وثانيها لو كان يمينا لكانت كفارته كفارة الايمان
وهي التخيير بين الخصال الثلاث وعند العجز عنها صيام ثلثة ايام
وكفارة الظهار على خلافها وثالثها لو كانت الكفارة بالحنث
لوجبت بالوطي قبل التكفير وقد قال عليه السلام للذي وطي
قبل لا تعد حتى تكفر ولم يوجب عليه بالوطي كفارة على ما تقدم
ورابعها ان اليمين مباحة والظهار كبيرة فلم يكن يمينا وخامسها
ان اليمين اما بالله او بصفة من صفاته او بالتعليق بالشرط ولم
يوجد واحد منها وسادسها انه مظاهر من الاربع فوجب اربع
كفارات كما لو افردهن وسابعها ان الكفارة وجبت لرفع الحرمة

والمأثم وقد تضاعف ذلك فوجب ان يتضاعف جزاؤه وثامنها
التسوية بين رفع المنكر والكذب الواحد وبين اربع منكرات واربعة
زور وكذب لا يعقل فالقول به ساقط فان كرر الظهار في مجلس واحد
فعليه لكل ظهار كفارة عندنا الا ان ينوي التكرار والتاكيد للاول
وفي مجالس يتكرر وهو قول علي وبه قال قتادة وعمرو بن دينار ومالك
واحمد وقال طاوس وعطا والشعبي لا يجب الا كفارة واحدة ولو
ظاهر خمسين مرة وصح ذلك عن الحسن والاوزاعي وقال الزهري
كذلك الا ان يكفر وهو قول مالك ذكره عنه ابن حزم وقال
الظاهرية في المرتين تجب كفارة ولا شي في الثالثة فاذا اعاده رابعة
فعليه كفارتان ولا شي في الخامسة فاذا قاله سادسة فعليه
ثلث كفارات هكذا في كل مرتين كفارة وفساد هذا القول غير
خفي ولم يسبق الظاهرية احد بهذا القول فان قوله تعالى ثم يعودون
لما قالوا لا يقتضي ان يكون بعد العودة الاولى لكل عودة كفارة اذ
العود المذكور يصدق على الواحد والمائة فالموجب لكل عودتين كفارة
متحكم بغير مستند من نص ولا اثر ولا قول صاحب ولا قياس صحيح
ولا فاسد ونصرة ابن حزم للباطل فلله دينه لا سيما ابطاله
بالدعوى الباطلة اقوال السلف وفي المحيط لو قال انت علي
كظهر امي مائة مرة تلزمه مائة كفارة لان تشبيهها بالام هو
السبب الموجب للكفارة وقد تعدد السبب فتعددت الكفارة كما
لو حلف مائة مرة فان الكفارة تتعدد مائة مرة قلت هذه
المسئلة تخالف قول اصحابنا في منعهم تقديم الكفارة على الحنث بعد

اليمين فاذا جعلوا السبب هو اليمين كان التكفير بعد وجود السبب
فينبغي ان يجوز كالتكفير بعد الجرح قبل الموت ولا يصير الظهار
ايلا بمضي اربعة اشهر اما لو قال ان قربتك فانت علي كظهر امي
كان موليا فاذا مضى اربعة اشهر لم يجامعها فيها بانت منه بالايلا
والمظاهر لو ارتد بقي ظهاره عند ابي حنيفه وعندهما بطل اجمعوا
على انه لا يصح ظهار المرتد وابو حنيفه فرق بين الابتدا والبقا
كالعدة في النكاح والردة تؤكد الحرمة كالمعسر في عدم المبانه
وفي الظهار وفي بطل ظهاره بالرده كقولهما ولو اسلم زوج المجوسية
فظاهر منها قبل عرض الاسلام صح لانه من اهل الكفاره هكذا
في المحيط لكن هو صادق في التشبيه كالظهار من المبانه فانه
لا يصح وان كان من اهل الكفاره ويمكن ان يجاب بان الحرمه بعرضيه
الزوال باسلامها بخلاف المبانه فان حرمتها باقيه لا تزول الا بعد
زوج اخر وعقد جديد او بعقد جديد وكذا لو ظاهر من المظاهر
منها يصح مع انه صادق في التشبيه لثبوت الحرمه فيها بالظهار
الاول ويمكن ايضا الفرق بان حرمة الظهار مرتفع بالكفارة
والعصمه باقيه وحرمة الوطي كحرمة وطي الحائض والنفسا والمحرمه
ويحصل حل الوطي بالتكفير بالعقد القايم بخلاف المبانه وفي الينابيع
اذا نوى التكرار في المجلس الواحد يصدق قضا وفي المجالس ديانه وفي
الطلاق لا يصدق فيهما الا ديانه بخلاف ما لو قال لزوجتيه احداكما
طالق مرتين حيث لا يتعدد الطلاق وقد عرف في موضعه فان قيل
قال شمس الدين الكردري في سوت الظهار في غير الظهر بدلالة النص

لان الفرج ونحوه فوق الظهر او مثله قلت لان القياس لا
يجري في الكفارات عندنا ولا في الحدود ولا في المقدرات ولا في
الاسباب والشروط والمحال وذكر في المقترح انه يجري في الكل
عند الشافعي وضعف جريانه في الاسباب والشروط والمحال
لكن يرد علينا الخاله والاخت من الرضاعه وام المزنيه وبنتها
وليست حرمتهن كحرمة الام الوالده فلا تاتي الدلاله بهن
ولا القياس لو قلنا به لقيام الفارق الا انا نقول القدر المشترك
بين الكل الحرمة الموبده فكان بالنص لا بالدلاله والقياس وفي
التحفه والغنيه والينابيع يجبر على ان يكفر ويطأ لطلبها ويؤدب
اذا امتنع وقد ذكرناه قلت الاجبار على التكفير والوطي
فيه نظر لان الكفارات لا جبر على اخراجها فلجبرها لحق الزوجه
فاذا كان قد وطيها مره كيف يجبر عليه مرة ثانيه او ثالثه وانما
يجب ذلك عند حاجتها اليه ديانه بلا جبر ولهذا لو صار عنينا
بعدما وطيها مره لا يؤجل واشتراط الاول لتكميل الصداق
لاحتمال ان يرفع الامر الى من لا يرى التكميل بالخلوه وفي التبصره
المالكيه لو قال انت علي احرم من امي فهو عند محمد من المالكيه
ظهار وقال ابن القسم طلاق البته يعني الثلث وفي شرح
المدونه وروى عيسى عنه انه البته وقال ابن المواز اذا لم يذكر
الظهر فهو على ما نوى وان لم يكن له نيه فهو ظهار عند ملك
وبالاجنبيه ظهار كانت ذات زوج اولا وقد تقدمت وعند
عبد الملك طلاق كالدم ولحم الخنزير وان قال كفلانه الاجنبيه فهو

البنات يعني الثلث وفي ذوات المحارم ظهار ولو قال انت علي مثل كل شي حرمه الكتاب قال ربيعه هو ظهار لان الكتاب حرم عليه امه ونظيرها مما حرمه الكتاب وقال ابن نافع هو البتات وان قال انت علي كبعض ما حرمه الكتاب من النسا فهو ظهار ولو قال ان وطيتك وطيت امي فلا شي عليه وفي جوامع الفقه قال انت علي كظهر امي امس او اليوم غدا لا يصح ولو قال انت كظهر امي كل يوم فهو ظهار واحد وفي كل يوم يتكرر وله وطيها في الليل وهو في الجامع وفي شرح المدونه لا يلزم الشيخ الفاني ظهار لانه لا يصل الى الوطي ولا الايلا وعندنا كل من يقع طلاقه يصح ظهاره ومن لا فلا ذكره الاسبيجابي وفي المرغيناني وخزانه الاكمل المظاهر اذا لم يكفر فالقاضي يحبسه حتى يكفر او يطلق وقد ذكرناه وللسلطان منعه من غشيانها حتى يكفر وقد ذكرناه ولو ظاهر من الامه ثم اشتراها واعتقها ثم ظهارها قيل لا يجوز عندهما وعند ابي يوسف وفي شرح مختصر الكرخي قال انت علي كالدم او الميته او لحم الخنزير او الخمر يسال عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال وفي خزانه الاكمل عن محمد قال انت امي ليس بشي وفي الغزنوي ظاهر من امراتيه ثم قال للثالثه اشركتك معهما فهو مظاهر من الثالثه مظاهر من وكذا الطلاق بخلاف الايلا حيث لا يصير موليا من الثالثه وعلل في المبسوط بانه لو صار موليا منها ايضا لا يحنث الا بوطي الثلث وقد كان يحنث بوطيها وفي غيره لو قال لها والله لا اقربكما اربعه اشهر ثم قال للثانيه اشركتك معهما فيقسم ويكون نصف الايلا لها

فيبطل الايلا لو صح وفي النتف عقد الظهار على ثلثه اوجه احدها ان يذكر شيا من امراته من اسما الكنايه او شيا منها يعبر به عن جميع بدنها وهو عشره نفسك علي كظهر امي او شخصك او بدنك او جسدك او جسمك او راسك او وجهك او رقبتك او فرجك او روحك فهذه الالفاظ كلها ظهار بلا خلاف والوجه الثاني ان يذكر جزا شايعا منها فيقول نصفك علي كظهر امي او ثلثك او ربعك او خمسك او سدسك او سبعك او ثمنك او تسعك او عشرك او قال ثلثاك فانها كلها ظهار والوجه الثالث ان يذكر جارحه منها معينه او عضوا لا يعبر به عن جميع البدن كقوله يدك علي كظهر امي او رجلك او عينك او انفك او فمك او اذنك او شعرك قلت وكذا سنك وثديك وسرتك على قياس ذلك فان ذلك ليس بظهار عند علمائنا الثلثه وعند زفر والشافعي وابي عبدالله ظهار ولا يكون ذلك ظهارا حتى يشبهه باحد المواضع السته وهي الظهر والبطن والفرج والدبر والعجز والفخذ من المحرمه على التابيد من النسب والرضاع والصهريه وقد ذكرنا الكل في المسايل وفي المبسوط ظهار الاخرس بالكتابه والاشاره المفهمه صحيح كطلاقه ولا يدخل على المظاهر ايلا وقال مالك اذا لم يجامعها حتى مضت اربعه اشهر بانت منه بالايلا قلت نقله عنه غلط ومذهبه لا يقع على المولي طلاق بمضي مدة الايلا ولو تعددت سنه وانما لها المرافعه بعد المده الى القاضي اما ان يطلق واما ان يطاها او يطلقها قلنا المنصوص لا يقاس على المنصوص ولهذا لا

ثبت حكم الظهار في الايلا ولو قال ان قربتك فانت علي كظهر امي
كان موليا فان قربها في المدة كان مظاهرا فان بانت بالايلا ثم تزوجها
فقربها فهو مظاهر لبقا اليمين **فصل في الكفارة**
قال كفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين
فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا والفقير مثله وذكر
المسكين لكونه احوج واهم والنص الوارد في ذلك يفيد الكفارة
على هذا الترتيب وكل ذلك قبل المسيس وهو في الاعتاق والاطعام
بالتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان ادا الكفارة مبيحة الصيام
للوطي منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطي ليحل الوطي
ولانا لو جوزنا له الوطي قبل الاطعام فلو حصلت له القدرة
على الاعتاق قبل الاطعام كان الوطي سابقا عليهما وذلك
منهي عنه وقد ذكره صاحب الكتاب في اخر الفصل ويجزي في
العتق الرقبة المسلمة والكافرة والذكر والانثى والصغير والكبير
لان الرق كامل في الكل واسم الرقبة صادق عليهم وفي المبسوط
يجوز اعتاق الصغير والصغيرة وان كانا فايتي المنفعة من المشي والبطش
والعقل والكلام لان الغالب سلامته ذلك منهما فلا يعد عيبا ولان
ما لا يخلو الفطرة السليمة عنه لا يعد نقصانا وهو قول البصري
والزهري والنخعي وعطا والثوري ومالك والليث بن سعد والشافعي
وابي ثور قال الشافعي الليث بن سعد افقه من مالك وذكر القاضي
شمس الدين بن خلكان في وفيات الاعيان ان الليث بن سعد كان حنفي
المذهب وولي القضا بمصر قال رايته في بعض المجاميع وقال

ابن حنبل لا يجزي حتى يصلي لان الايمان شرط عنده وهو قول وعمل
ولم يوجد العمل ذكره عنه في الاشراف وهو قول فاسد مع خرق
الاجماع فانه لم يقل به احد قبله وقد يوجد منه الصوم والصلاة
وقد امر النبي عليه السلام ولي الصغير بضربه على ترك ذلك وقال
في الحج لحاملة الطفل لما قالت الهذا حج قال نعم ولك اجر وان
لم يكن ذلك فرضا على الصغير وعند الشافعي العمل من الايمان ولم
يقل بقوله وقال النخعي يجوز في كفارة الظهار واليمين ولا يجوز
في كفارة القتل الا من صام وصلى للنص على الايمان فيها ويجوز
فيها اعتاق الرقبة الكافرة غير الحربي في دار الحرب عندنا وهو
قول عطا ومجاهد والحسن بن ابي الحسن البصري والثوري والحسن
ابن صالح وابي ثور وداود الظاهري واختاره ابن حزم في المحلى
وابو بكر بن المنذر في الاشراف وقالت الايمة الثلثة واصحابهم
لا يجزي في الكفارات اعتاق العبد الكافر عنها وقال مالك يجوز
اعتاق المجوسي عنها وشبهته انه يجبر على الاسلام فيحصل الاسلام
بعده بالاكراه عليه ولو نذر ان يعتق رقبة ففي اعتاق الكافر وجهان
من قال شرطه القربة اجزاه وقال شرطه ان يكون من جنس واجب
الله تعالى منعه وفي فتاوى القاضي حسين قال لله علي عتق هذا
العبد وهو كافر صح نذره وان قال لله علي عتق هذا العبد الكافر
لا يصح نذره قلت لان الوصف يشعر بالعلية وان كان
غير مناسب الا ترى انه لو قال اكرم هذا الرجل الجاهل كان قبيحا
بخلاف اكرم هذا العالم لما ذكرنا ذكره في منتخب المحصول وفي النهاية

ضعف القياس فيه وتوقف القاضي ابو بكر وامام الحرمين فيه ذكره فى الاحكام قال والمختار ان كان الوصف الجامع بين المطلق والمقيد موثرا بان كان ثابتا بنص او اجماع جاز القياس وان كان مستنبطا فلا كما فى تخصيص العموم بالقياس اذ العلة الموثره كالنص الخاص وذكر فخر الدين فى الحكمين المتماثلين اذا اطلق احدهما وقيد الاخر وسببهما مختلف مثل كفارة القتل والظهار مذهب المحققين منا انه يجوز القياس ولا يجب وقال ابن العربي فى محصوله الحكم والسبب ان اختلفا فلا حمل بلا خلاف كتقييد الرقبه بالايمان فى القتل واطلاق الشاه فى الزكاه وان اتحد السبب والحكم كما فى الزكاة من قال بمفهوم الصفه فى السايمه حمل على المقيد وان اختلف الحكم واتحد السبب كالقيد بالمرافق فى الوضوء والاطلاق فى التيمم لم يحمل وان اختلف السبب واتحد الحكم كالظهار والقتل فعلى ما مر وانكر الابهري التمثيل بالوضوء والتيمم لان التقييد هنا بعضو وهو الذراع ومقصود المسله المقيد بصفه والفرق بين الظهار والقتل من وجوه الوجه الاول ان الظهار قول وليس لمتعلق القول من القول صفه لما عرف فى الاصول وانما ثبت الحرمه فيه بالشرع بخلاف القتل فانه فعل موثر فقياسه عليه باطل على قول من يجوز القياس فى الكفاره لقيام الفارق والوجه الثاني ان وجوب الكفارة فى الظهار غير معقول المعنى لما ذكرنا فلم يكن بينهما علة جامعة والوجه الثالث لو سلم ان وجوب الكفاره فى الظهار معقول المعنى لا يجوز قياسه على القتل فضلا ان يكون واجبا

لان الفايت فى الظهار حل الوطي حتى يكفر وفى قتل الخطا تفويت النفس المومنه فكان زياده قيد الايمان فيه لزياده الفايت وغلظ الجنايه حتى لو كان القتل عمدا قتل به ولا قتل فى الظهار فلم يكن الظهار فى معنى القتل ولانه لما فوت نفسا مومنه كان يوحد الله سبحانه ويقوم بطاعته ناسب ان يقيم مثله ليقوم بتلك الوظيفه بخلاف الظهار والكافر ملحق به لعدم القايل بالفرق وبالنص وقال الشيخ ابو بكر الرازي ولهذا لم يخفف بالنقل من البدل الذي هو الصيام عند العجز الى بدل الاطعام بخلاف الظهار وفى اليمين عند اختيار الاطعام يطعم عشره وصومها ثلثه ايام وهي دون الظهار قطعا قال ولا يجوز قياسها على كفاره القتل لامتناع قياس المنصوص على المنصوص بيانه انه لو لم يرد نص كفارة القتل كان يجب العمل باية الظهار على اطلاقها للنص وفى القياس لو لم يرد النص المقيس عليه لا يجوز العمل به فعلم انه ليس ذلك بالقياس وقال الشيخ ابو بكر مفسده القتل اعظم من مفسده الظهار وحينئذ يتجه ان يقول عظم المفسده يقتضي زياده الشروط فى الكفارة وبعظم الجزا لعظم الجنايه فكان اختلاف السبب موجبا لاختلاف الحكم والمسلك الرابع ان الرقبه فى الظهار واليمين مطلقه ولا عموم للمطلق بلا خلاف واريد بها المومنه بالاجماع فلا يبقى غيرها مرادا لعدم عمومها قلنا الواجب اعم من المومنه والكافره لان الواجب مسمى الرقبه فان اعتق رقبه كافره جاز لوجود مسمى الرقبه بها

لان المطلق موجود في المقيد وان اعتق رقبه مومنه جاز لوجود مسمى
الرقبه فيها وعمومها عموم البدل والمطلق لا عموم له عموم الشمول
والمسلك الخامس ان العمل بالمقيد عمل بالدليلين لان المطلق جزء
للمقيد فكان اولى هكذا في المحصول قلنا هذا باطل وبيان بطلانه
ان الامر متعلق بما يدخل في الوجود ويمكن العمل به والمطلق الذي
في ضمن المقيد لا وجود له في الخارج فلم يكن مامورا به فلا يكون عملا
بالدليلين كما زعم والمسلك السادس ان الكفارة عبادة فلا يجوز
صرفها الى الكافر كالاطعام والكسوه قلنا هذا باطل بالنذر
وهو عمدة اهل العراق في الالزام وينتقض ايضا باجازتهم ظهار
الذمي وهو ليس باهل لوجوب العباده عليه وعند ابي حنيفه وابي عبد الله
محمد بن الحسن يجوز صرف الطعام والكسوه الى الكافر والمسلك
السابع قالوا ان الله تعالى اوجب عتق الرقبه على التابيد والكافر لا
يتابد عتقه لانه يمكن ان ينقض العهد ويلحق بدار الحرب ثم يسبى
ويسترق وهو جايز عندهم ذكره الماوردي في الحاوي وهذا لا يتصور
في حق المسلم قلنا كل هذه دعاوى بلا دليل وعندنا يتكرر الرق
على الصبيان والنسوان بالارتداد ولا يمكن الذمي من نقض العهد
ودخوله دار الحرب فانه يصير حربا علينا وقد اطلع على عورات
المسلمين والمسلك الثامن ان الكافر ليس مصرفا للصدقه الواجبه
والكفاره لذلك فلا يجوز كصرف الزكاه الى الذمي قلنا ليس سبيل
العتق سبيل الزكاة لاجماعنا على ان دفع زكاته الى عبد نفسه غير
جايز وصرف العتق لا يكون الا الى عبد نفسه وانما فيه ازالة الملك

بالاعتاق فيراعى فيه ماليه العبد بان يكون كاملا وهو عبد ساوى المسلم
وماليته الكافر كماليه المسلم والايمان والكفر ليسا الا فضيله ورذيله
كالعلم والجهل ومنع دفع الزكاة اليه بالنص والمسلك التاسع
يجب ان يحمل ذلك على العاده والعرف ولم يجر عادة المسلمين بالتقرب
بعتق الكافر قلنا يبطل بعتق الاعور والاصم والمجبوب
فان ذلك غير متعارف ويدل على انه متعارف صحة النذر بعتقه
والمسلك العاشر الالزام والنقض بالصيام في كفارة اليمين
فانه وجب بالنص مطلقا ثم خص بالمتابع قلنا خص به بقراة
ابن مسعود على ما عرف والمسلك الحادي عشر امر بعتق رقبه
حي قايم من كل وجه والكافر ميت قال الله تعالى او من كان ميتا
فاحييناه وجعلنا له نورا يمشي به في الناس قلنا هذا مجاز
فانه لو قال كل مملوك حي لي حر عتق عبيده الكفار والمسلك
الثاني عشر قالوا لا يجوز التقرب الى الله سبحانه بعتق اعدايه
ومن يجحده ويجعل له زوجه وولدا قلنا قد اخبرنا انه لا
ينهانا ان نتقرب اليه سبحانه بالاحسان الى اعدايه والى من يجحده
ويجعل له ولدا او زوجه بقوله لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم
في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله
يحب المقسطين وقد جوزت المالكيه اعتاق المجوسي الذي يجعل
للعالم صانعين ولم يجوزوا اعتاق اليهودي الموحد ولا معنى لتوهم
انه يجبر على الاسلام فانه اعتاق مشرك عند اعتاقه لا محاله
وليس اجباره على الاسلام في المستقبل مما يخرجه عن الكفر وقت

اعتاقه مع اختلافهم في صحة اسلام المكره عليه والمسلك
الثالث عشر قالوا الاعتاق كفاره لقوله تعالى ذلك كفاره ايمانكم
اذا حلفتم والكفاره حسنه لانها عباده واعتاق الكافر سيئه
لما فيه من تفريغ باله لعبادة الاوثان قلنا قولكم اعتاق الكافر
سيئه باطل لصحة النذر باعتاقه ولو كان سيئه كان نذرا لمعصيه
فلا يصح النذر به ولانه تعاون على البر والتقوى لما فيه تفريغ
باله لتعلم العلم والنظر في محاسن الاسلام وتفرغه للعبادة على
ان الاعتاق افادة النعمه واستعماله في غيرها بواسطه اختياره
فلا يحال به على اعتاقه وارتكابه المعصيه ومفارقته لها بسوء
اختياره لا بالاعتاق فصار كبيع العصير ممن هو معروف باتخاذه
خمرا او دبسا والمسلك الرابع عشر قالوا معتق الكافر ليس
بمحرر لان التحرير اثبات الحريه والاعتاق ازالة الرق والكفر سبب
الرق لانه جنايه والرق عقوبه فلا يناسب الكفر ثبوت العتق
قلنا هذا [illegible] وسبيله سبيل انكار الحس والحقايق
لانه لو لم يكن محررا كما زعموا لحل له وطؤها وبيعها بعد ذلك
والقول به خرق اجماع المسلمين والاعتاق اثبات العتق الذي هو
القوة ويلزم منه زوال الرق الذي هو الضعف والمسلك
الخامس عشر النص في اشتراط الايمان بحديث معويه بن الحكم
انه قال كانت لي جاريه فاتيت رسول الله وقلت يا رسول الله
على رقبة افاعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم اين
الله قالت في السما فقال من انا فقالت رسول الله فقال رسول الله

صلى الله عليه وسلم اعتقها فانها مومنه رواه مسلم والنسائي
قالوا لم يسال عن سبب وجوب الكفاره فدل على ان جميع الكفارات
يشترط فيه الايمان قلنا قال امام الحرمين في النهايه حديث
الخرسا وروي السودا هو حديث مؤول باتفاق من عليه المعول
فان فيه اين الله وهو سوال عن مكانه وكل حديث يقضي بازاله
ظاهره فلا حجة فيه وقوله باتفاق من عليه المعول يحترز به عن
قول من يعتقد لله سبحانه جهة ومكانا يقعد فيه ويستقر عليه
مع اني اقول هو متروك عند الكل فان من اعتقد انه في مكان محدث عينه
بالعرش دون السما فلا بل بحقيقه السما ولعلها كانت كفارة القتل
والظهار بعيد وفي اليمين لا يتعين اعتاق الرقبه او كانت نذرا او لكونها
افضل من غيرها وروي انه قال علي رقبه مومنه فان كنت ترى ان
هذه مومنه فاعتقها ذكره ابو الفرج في التحقيق وقيل الراوي
عمر بن الحكم قال البغوي صوابه معويه بن الحكم وعباره اهل
اصبهان كل كفاره تقتضي سلامه الرقبه من العيوب تقتضي
اسلامها كالقتل وهو ممنوع بالاجماع وعباره اهل نيسابور
رقبه لا تجزي في القتل فلا تجزي في الظهار كالمرتد فان قالوا هو
مستحق القتل بطل بمستحق القتل قصاصا وطريقه ما
ورا النهر هي تطهير واجب بالشرع فلم يكن الكافر اهلا ومحلا له كالزكاه
ولان المقصود بالعتق تخليص الرقبه من اسر الرق وذلك بالمومن اشبه
قلنا قوله تطهير باطل على اصله لايجابه على الكافر وقوله بالمومن
اشبه نقول به ولا يدل على عدم الاجزا بل يدل على ندب اعتاق المومن

واستحبابه ولا خلاف في ذلك ولنا ان النص في الظهار واليمين
عار عن اشتراط الايمان ولو كان شرطا لذكره الله تعالى وما كان
ربك نسيا لا يضل ربي ولا ينسى وقال الشافعي لسان
العرب وعرف خطابهم حمل المطلق على المقيد اذا كان من جنسه
وهذا الاصل فاسد من ثلثة اوجه احدها ان الايمان هاهنا
غير مذكور فلا يجوز اشتراطه كما ان الاطعام هنا مذكور وفي
كفارة القتل غير مذكور فلم يحملوا المطلق عن الاطعام في كفارة
القتل على المقيد به هاهنا قال علي بن حزم في المحلى جمعوا
بين الكفارتين في ان لا تجزي فيهما كافرة بالقياس ولم يجمعوا بينهما
ولا قاسوا احداهما على الاخرى في تعويض الاطعام عن الصيام عند
العجز عن الصيام وهذا تحكم لا يسوغ لاحد قال فان قالوا
لم يذكر تعويض الاطعام عن الصيام في القتل وانما ذكر في الظهار
قلنا ولا ذكرت المومنة وعدم اجزا الكافرة الا في كفارة
القتل ولم يذكر في الظهار ولا في الافطار فاما ان يقيسوا كل واحدة
على الاخرى ويحملوا عليها او لا يقيسوا واحدة منها على الاخرى
واما قياس حكم احداهما على الاخرى في بعض ما فيها دون سايرها
فتحكم باطل ومناقضة ظاهرة ثانيها ان الصيام ذكر فيه
التتابع في الظهار والقتل دون اليمين ولم يحملوا المطلق في
كفارة واحدة في الصوم على المقيد بالتتابع في صومين وحملتم
الكفارات الثلث المطلقة على مقيدة واحدة وزعموا ان
اثبات الزيادة في الصفة يحمل المطلق على المقيد واجب

وفي اثبات ا[illegible] الحكم غير جايز وهذا دعوى منهم قال علاء الدين
العالم في الميزان حمل المطلق على المقيد خلاف اللغة وعرف اللسان
الا ترى ان من قال لغيره اعتق عبدي ثم قال اعتق عبدي الابيض
فانه لا يتقيد بالابيض وكذا لو قال لامراته ان دخلت الدار
فانت طالق ثم قال ان دخلت الدار راكبة فانت طالق فدخلت
راكبة او ماشية طلقت ولا يتقيد بالركوب وكتاب الله وكلام
رسوله محمول على المتعارف ولان المطلق ليس بمجمل فيجب العمل به
جا التقييد او لم يجئ وفي حديث عايشة انه عليه السلام توضا
في الغسل وضوءه للصلاة وفي حديث ميمونة النص على تاخير
الرجلين في وضوء الغسل والحديثان ثابتان ولم يحمل الشافعي
المطلق على المقيد فيه مع انهما في حادثة واحدة وقد حمل ذلك في
حادثتين واعترض الطحاوي بحديث ماعز انه رده حتى اقر
اربع مرات ثم رجمه وقال لانيس اغد الى امراة هذا فان اعترفت
فارجمها ولم يحملوا المطلق على المقيد في رجم ماعز فبطلت قاعدتهم
وقد ذكرناه في الزكاة وفي اصول الفقه للسرخسي ان اكثر ما
ذكره الخصم ان الزيادة بيان صورة ولكنها نسخ من جهة المعنى
بيانه ان بعض صلاة الفجر لا يكون صلاة الفجر والركعتين من الظهر
لا يكون صلاة الظهر في الاقامة وضرب سبعين في القذف او
في حد الزنا لا يكون حد القذف والزنا واذا تقرر هذا فنقول
الناس في البكر الزاني جلد مائة هو حد فاذا زيد النفي عليها بخبر
الواحد خرج الجلد من ان يكون حدا لانه بعض الحد وبعض الحد ليس بحد

بمنزلة بعض العله ليس بعله وبعض الصلاه الفرض كالفجر والظهر قصرا عليه ليس صلاه الفجر والظهر فكان نسخا من هذا الوجه لانه ازال حكم النص وكذا الرقبه فانها تنطلق على المومنه والكافره على سبيل البدل وشرط الايمان بالقياس او حمل المطلق على المقيد يخرج الكافره من النص فكان منعا من اجزا احد نوعي المطلق فكان نسخا من هذا الوجه ونسخ الكتاب بالقياس لا يجوز فكيف بالقياس الفاسد كما قررناه وقال الشيخ شهاب الدين القرافي في شرح المحصول وقد قيد الرقبه المطلقه بسلامتها عن كثير من العيوب خلافا للظاهريه قال الفرق بين سلامتها من العيوب وبين اشتراط الايمان وجميع القيود ان الوضع تابع للتصور والواضع يتصور مفهوم [illegible] الذي هو حيوان ناطق مرقوق له حواس خمس وجوارح مخصوصه ولهذا اذا سمعنا لفظ الانسان سبق الى ذهننا الانسان الموصوف بهذه الصفه والذهن انما ينتقل في اول الوهلة الى الموضوع له ولذلك كان الاصل في الاستعمال الحقيقه فثبت ان الوضع يقتضي السلامة من عدم تلك الاشيا بخلاف الايمان والكفر فانه لم يتناولها اللفظ الوضعي اجماعا فظهر الفرق وقال ابو بكر الرازي قوله عليه السلام للمظاهر اعتق رقبه يقتضي تمكين المكلف من اعتاق اي رقبه شا من رقاب الدنيا فلو دل القياس انه لا يجوز الا المومنه لزالت تلك المكنه الثابته بالنص فكان القياس مزيلا لتلك المكنه الثابته بالنص وهو النسخ وانه غير جايز والفرق بين الشهادة وبين الظهار ان سبب

الاحتياج الى الشهادة هو ضبط الحقوق وهو واجد في جميع الصور والغالب على المسلم العاقل البالغ الصدق فكان السبب واجدا في جميع الصور فاذا اتحد سبب الحاجه وسبب القبول حمل المطلق على المقيد بخلاف القتل والظهار وفي الميزان لا تعلق لهم بالشهادة لان العداله شرطت في الشهادة المطلقه بدليل سوى القيد وفي المحصول والمقيد في الشهاده بالعداله بالاجماع وبنص اخر فيه الامر في شهادة الفاسق وقال شهاب الدين القرافي في شرح المحصول لا نسلم ان الاتي بالمقيد آت بالمطلق للزوم ترك المعلوفه بسبب الحمل على المقيد فحينئذ يكون مدلول اللفظ كليه لا كلا فبطل ما ذكروه لان الاتي بالمقيد غير آت بالمطلق فيتعين عدم الحمل فاذا ثبت هذا في الكليه ثبت في الكل والكلي لعدم القايل بالفرق والكليه هي الحكم على كل فرد فرد بحيث لا يبقى واحد كقولنا كل رجل يشبعه رغيفان غالبا يصدق باعتبار الكليه ويكذب باعتبار الكل الذي هو المجموع ومثله كل نفس ذايقه الموت والكل مثل قولك كل رجل يشيل الف قنطار يصدق باعتبار الكل دون الكليه وهذا لان الاطلاق تمكنه من اي فرد شا وهو حكم عقلي ملتقى من البراه الاصليه اذ الماهيه الكليه لما وجبت وشهد العقل بان كل جزئي من جزئياتها متضمن لها مع ان الاصل عدم جزئي معين جزم العقل بالخروج عن العهده باي فرد كان واخراج بعض الافراد عن الكليه ابطال لما شهد به العقل ويرد عليهم ترك مسح الراس والرجلين في التيمم اذا كان النص الوارد في المقيد واردا

يقيد المطلق فبطل دعواهم بذلك وان كانت دعواهم بالقياس
فقد منع منه الاجماع وهو اولى من قولهم ان القياس انما يصح في اثبات
صفة الحكم ويقيده لا في اثبات نفس الحكم فقد استعمل الشافعي
القياس في اثبات الصوم بدلا من هدي المحصر ذكره قاضي القضاة
عبد الجبار وفي المنهاج الاظهر ان له بدلا بقيمة الشاة فان عجز
صام عن كل مد يوما قلت واستعمل ايضا القياس في
اثبات البدل عن الايما بالراس في الصلاة الايما بالعينين والحاجبين
والقلب بغير نص كما استعمله في اثبات صفة الحكم مثل اثبات
الايمان في الرقبة في كفارة الظهار واليمين وقالوا انما لم تحمل صوم
كفارة اليمين على صوم الظهار والقتل في اشتراط التتابع لان حمله
على ذلك يوجب التتابع فيه وحمله على صوم التمتع يوجب التفريق
فبقينا على اطلاقه قالوا ونظيره قوله عليه السلام اذا ولغ
الكلب في اناء احدكم فليغسله سبعا اخراهن بالتراب وقد جا
اولاهن بالتراب ولم يحملوا المطلق فيه على المقيد لانه قد جا
فيه اخراهن بالتراب فتعارض المقيدان فبقي على اطلاقه قلنا
هذا غلط في صوم التمتع فان السبعة التي يصومها اذا رجع الى
اهله لم يوجب فيه التفريق بل صومها مطلق ان شا تابع فيه وان
شا فرق فكان ينبغي له ان يوجب فيه التتابع بالحمل على المتتابع
في صوم الظهار والقتل او بالقياس كما تقدم وكذا الثلثة في
الحج وقال ابو بكر بن العربي في محصوله عدم اجزا الاطعام
عند العجز عن الصيام قياس منصوص على منصوص فلا يعتبر قلت

قوله هذا غير سديد بل هو قياس مسكوت على منصوص فان الاطعام
في كفارة القتل لم يذكر نفي ولا اثبات فكيف يقال قياس منصوص
وكيف يتصور النص عند عدم الذكر فينبغي ان يجب على اصلهم ولم
يقولوا بجوازه وتعلقوا ايضا بقوله تعالى والذاكرين الله
كثيرا والذاكرات ان ذلك مما حمل المطلق على المقيد قال الامدي
لا حجة لهم فيه لان ذلك حصل بالعطف قلت وفيه
وجهان اخران احدهما ان ذلك من باب الحذف لدلالة الاول عليه
والعلم بذلك مثاله عجبت ممن عجبت تحذف منه لدلالة من
الاولى عليها وتقول مررت بمن مررت وتحذف به لحصول العلم
بها بما تقدم والوجه الثاني حذف ذلك للتجانس في قوله تعالى
ان المسلمين والمسلمات والمومنين والمومنات الايه وحملوا ايضا
المطلق على المقيد في قوله عليه السلام جعلت لي الارض مسجدا
وطهورا مع قوله وتربتها طهورا فانهم قيدوه بالاسم دون
الصفة ولم يحمل غيرنا والمالكية المطلق على المقيد فيه ولم يخرج
الارض بجميع اجزائها عن الطهورية وعندنا ذكر تربتها خرج مخرج
الغالب ومثله ثم اغسليه بالما خرج مخرج الغالب وفي عتق
المرتد منع ذكره في منتخب الطريقة وفي شرح القدوري للغزنوي
يجوز اعتاق المرتدة عن الكفارة دون المرتد وفي المبسوط لم يذكر
اعتاق المرتد ويجوز اعتاق مباح الدم والمرهون والمديون وان
سعيا بخلاف اعتاق المريض عبده ولا مال له سواه فانه لا يجزيه
لانه يسعى في ثلثي قيمته والفرق بين اعتاق من وجب عليه القصاص

وبين المرتد بعد التسليم ان العفو مندوب اليه بخلاف المرتد فان
رجوعه بعيد لانه لم يرتد بعد اطلاعه على محاسن الاسلام الا
لضلال بعيد وكفر عنيد فرجوعه بعد هذا الى الاسلام بعيد ولهذا
لا يجوز له ان يتزوج بخلاف من وجب عليه القصاص قوله
ولا يجزئ العميا ولا المقطوعه اليدين او الرجلين وهو قول
الايمه الاربعه واصحابهم وقال النخعي والشعبي ان عتق
الاعمى يجزي في ذلك وعن ابن جريج ان الاشل يجزي وعند داود واصحابه
لا يمنع شي من العيوب ذكر ذلك كله في المحلى قلنا فقد فات
جنس المنفعه فالتحق بالمعدوم حكما ولهذا وجب فيه الديه الكامله
واصل الشافعي وابن حنبل المنع ما اخل بالعمل وفي النهايه اجمع
العلما المعتبرون ان العيوب تنقسم الى ما يمنع والى ما لا يمنع وقال
داود لا يمنع وتعلق باسم الرقبه قال الشافعي لا اعلم احدا ممن
مضى من اهل العلم ولا ذكر لي انه قال لا يمنع رد داود نفسا بعده
قال وعندي لو قاصر لما عده قلت قد ذكر عن النخعي
والشعبي جواز عتق الاعمى كقول داود وهما قبل الشافعي وابي حنيفه
ومالك ذكره عنهما في المحلى وفي المحيط لو وكل بشرا جاريه وسمى
جنسها وثمنها فاشترى الوكيل جاريه عميا او مقطوعه اليدين
او الرجلين او مقعده جاز عند ابي حنيفه اذا اشتراها بمثل القيمه
او بغبن يسير وعندهما لا يجوز على موكله لان شراها ولا يتعارف
بخلاف العورا ومقطوعه احدى اليدين او احدى الرجلين لان هذا
عيب وشرا المعيب متعارف بخلاف العمى وشبهه فانه استهلاك

ولهذا اجاز التكفير بالاعور دون الاعمى وابو حنيفه مر على اصله
في اجرا المطلق على اطلاقه في غير موضع الضروره والتهمه واسم
الجاريه يتناول العميا والعرف مشترك قد تشترى العميا لابتغا
مرضاة الله سبحانه او لقصد الولا او الاستيلاد بخلاف الكفارات
لقيام دليل التقييد فيها لانها اجزيه الافعال وهي مشروعه للزجر
عن ارتكاب اسبابها ولا يحصل الزجر بالعميا ومقطوعه اليدين
او الرجلين والمانع في الكفاره فوات جنس منفعة مقصوده لا
فوات الجمال واختلال المنفعه المقصوده غير مانع مثل مقطوع احدى
اليدين او احدى الرجلين او العورا او العمشا والعشوا والرمدا
والبرصا والمجذومة والصما والخصي والمجبوب والرتقا والقرنا
والخنثى والعنين والاصم في ظاهر الروايه وقيل هذا اذا كان في
اذنيه وقر وان كان لا يسمع لا يجزى ويجوز مقطوع الشفتين
اذا كان يقدر على الاكل ويجوز ذاهب الحاجبين وشعر اللحيه والراس
وان كان فايت المنفعه ذكره في المحيط واكثرهم المسايل [illegible]
الاكمل وشرح مختصر الكرخي والمبسوط وجواز الاصم استحسان والقياس
ان لا يجوز وهو روايه النوادر لان الفايت جنس المنفعه كساقط
الاسنان العاجز عن الاكل فانه لا يجزى ووجه الاستحسان ان
اصل المنفعه باق فانه اذا صيح عليه سمع حتى لو كان بحال لا يسمع
اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه ومن ولد اصم يكون اخرس
لانه انما يتكلم اذا سمع الكلام ولا يجوز مقطوع ابهام اليدين لان صحه
البطش بهما وبفواتهما يفوت جنس المنفعه ويجوز مقطوع احدى

اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه لم يفت جنس المنفعه بل اختلت
المنفعه بخلاف ما لو كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز
لفوات منفعه المشى فانه يتعذر عليه وفى الجواهر يجزى الاعور
وقال عبد الملك لا يجزى وهو قول مالك فى المبسوط وفى المدونه
لا يجزى الاقطع اليد الواحده او اصبع او مقطوع الاذنين او اشل
او ابرص او اجذم او اصم او اخرس او اعمى او يابس الشق والهرم وكذا
عند الشافعى وقال اشهب يجزى الاصم واختلفوا فى الخصى وفى
النهايه يجزى الاعور ولا يجزى البرص والبهق ويجزى مقطوع الخنصر
او البنصر وكذا هما من يدين او من يد واحده لا يجزى ولا يجزى مقطوع
الابهام او السبابه او الوسطى من يدين وقطع اصابع الرجلين لا يمنع
وفى المغنى قول ابن حنبل كقول الشافعى والانمله من الابهام يمنع ومن
غيرها لا يمنع والعور لا يمنع ولا قطع الاذنين وهو قول الايمه الاربعه
وفيه خلاف زفر ويجزى مقطوع الانف والاصم اذا فهم بالاشاره
والاخرس اذا فهمت اشارته وهو قول الشافعى وابى ثور ولا يجزى عند
ابن حنبل على المنصوص وهو قول ابى حنيفه لان الخرس يمنع كثيرا من
الاحكام المتعلقه باللسان واكثر الناس لا يفهمون اشارته ولا يجوز
المجنون الذى لا يجوز ويجوز الذى يجن ويفيق اذ اختلال المنفعه غير مانع
وفى النهايه والذى يجن ويفيق يجزى واضطربوا فى الاخرس واجرى
فيه بعضهم قولين ومنهم من طرد القولين فى الاصم فان اجتمعا منعا
وفى المدونه اعتق منفوسا عن ظهاره ثم كبر اخرس او اصم او مقعدا او
مجنونا فقد اجزاه قـــــوله ولا يجزى المدبر وام الولد

الرابع

وهو قول الحسن والاوزاعى والثورى ومالك وابى عبيد وجوز الشافعى
وابو ثور عتق المدبر واختاره ابن المنذر لانهم يرون جواز بيعه
وبه قال ابن حنبل وقال عثمان البتى وداود الظاهرى بجواز عتقها
عنها والشافعى وابن حنبل يريان بيع المدبر والبتى والظاهرى
يريان جواز بيعهما وناظر داود الظاهرى ابو سعيد احمد بن حسين
البردعى فى بيع ام الولد فقال الظاهرى اجمعنا على جواز بيعها قبل
ان تحبل من سيدها والاصل بقا ما كان اذ الاصل فى كل
ثابت دوامه واستمراره فقال الشيخ ابو سعيد اجمعنا على منع
بيعها بعد ذلك حين كانت حاملا فوجب ان يستمر لان الاصل فى
كل ثابت دوامه واستمراره بعين ما قلت فلم يجد الظاهرى له
جوابا فانقطع والدليل على عدم جواز بيعهما ياتى فى العتاق ان شا
الله قلنا استحقا الحريه بالتدبير والاستيلاد فكان الرق
فيهما ناقصا هذا تعليل صاحب الكتاب لكن يرد عليه ما لو قال كل
مملوك لى حر عتق عبيده ومدبروه وامهات اولاده ولا يعتق
مكاتبوه الا بالنيه فدل على كمال الرق فيهما ولهذا يحل له وطى المدبره
وام الولد ولو كان الرق ناقصا فيهما لم يحل له وطيهما كالمكاتبه وكذا
المكاتب الذى ادى بعض بدل الكتابه لان اعتاقه حينيذ يكون ببدل
وعن ابى حنيفه يجزيه فى روايه الحسن عنه لقيام الرق فيه قال
عليه السلام المكاتب عبد ما بقى عليه درهم رواه ابو داود بخلاف
التدبير وامومية الولد لانهما لا يحتملان الانفساخ وقالوا لو
قضى القاضى بجواز بيع المدبر ينفسخ التدبير وفى ام الولد خلاف يعرف

من موضعه وفي المبسوط العتق مستحق عليه فيها فليس فيه الا
تعجيله وليس بتحويل الواجب كالكتابة ابتدا ولان ام الولد قد اعتقها
ولدها فكان عتقها مضافا الى امرين فلم يكن اعتاقا للكفارة من كل
وجه وان اعتق مكاتبا لم يود شيا جاز وقال زفر والشافعي
ومالك لا يجزي وان اشترى مكاتبا او مدبرا او ام ولد فاعتقه لم
يجزيه وقيل بالاجزا بنا على جواز اعتاقه بعد الشرا ذكره عن
مالك في الجواهر وفي النهاية قالوا ينفذ على حكم الكتابة وعندنا
يتضمن فسخ الكتابة لما يتبعه من سقوط بدل الكتابة عنه ولا
يظهر في غيره حتى يسلم اكسابه له ويعتق اولاده لاسيما اذا
كان برضى المكاتب وعتقه على حكم الكتابة يمنع الاقدام عليه
لسقوط بدل الكتابة بغير رضى المالك وبقا الكفارة في ذمته وقوله
فاشبه المدبر الزام لنا وقوله لا ينافيه يعني ان الكتابة لا
تنافي الرق لانها فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض
فكان لازما من جهة المولى ويلزمه العقر بوطي المكاتبة لحجره
على نفسه فيجوز اعتاقه عن الكفارة كاعتاق الماذون فعلى
هذا المدرك لا يلزم الفسخ ولو ادى بعض بدل الكتابة ثم عجز
جاز اعتاقه عن الكفارة ذكره الاسبيجابي وفي المغني لا يجوز
اعتاق المكاتب الذي ادى بعض بدل الكتابة وفي البزدوي سلامة
الاكساب والاولاد لعتقه وهو مكاتب لا لوقوع العتق بجهة
الكتابة كما لو كانت ام ولد فاشترت اولادها الذين ولدتهم قبل
الاستيلاد والكتابة فانهم يتكاتبون عليها ولو مات السيد.

يعتق بجهة الاستيلاد ويعتق اولادها ويسلم اكسابها لها
وان لم يعتق بجهة الكتابة وقوله ولان الفسخ ضروري لا يظهر
في حق الاولاد والاكساب لان الاقتضا لا عموم له والثابت
للضرورة يتقدر بقدرها وجوز اعتاق المكاتب الذي لم يود
شيا الاوزاعي والليث واحمد واسحق وقال ابن المنذر هو
جايز لانه عبد وقال احمد واسحق ان ادى الثلث او النصف
او الثلثين لا يعجبنا ويجوز اعتاق المحموم والمريض الذي يرجا
برؤه وان كان قد اشرف على الموت لا يجوز وفي المدونة لا يجزي
الهرم العاجز وفي الجواهر لا يجزي الغايب المنقطع الخبر
والمغصوب يجزي وفي النهاية في اعتاق المغصوب اختلاف
واختار امام الحرمين جوازه وفي احكام القران للشيخ ابي بكر
الرازي يجوز اعتاق الابق والمرهون والمستاجر عن الكفارة
وقال امام الحرمين جوزوا اعتاق المرهون في الجملة وقالوا ينفذ
بفك الرهن ولم يجوزوا اعتاق المكاتب عن الكفارة وقالوا ينفذ على
حكم الكتابة انتهى كلامه قلت مع انهم قالوا لا يجوز اعتاق
المرهون مجانا ويجوز اعتاق المكاتب مجانا ويسقط بدل الكتابة فكان
اعتاق المكاتب اسرع نفاذا واقرب الى انفساخها من فك الرهن
وفي الاشراف ويجوز اعتاق ولد الزنا عن الكفارة عندنا وبه قال
الحسن وطاوس والثوري والشافعي واحمد واسحق بن راهويه
وابو عبيد وفضالة بن عبيد وهو قول ابي هريرة واختاره ابن
المنذر وقال الزهري والاوزاعي لا يجزي لما روي عن ابي هريرة عن

النبي عليه السلام انه قال ولد الزنا شر الثلثه واختلفوا في
تاويله فقيل انما قال في واحد بعينه لانه كان ذا شر وقد
روي عن ابن عمر انه كان اذا سمع من يقول ذلك يقول هو خير
الثلثه يعني انه لا اثم عليه ولا ذنب له ذكره ابن شداد في
احكامه قوله وان اشترى اباه او ابنه ينوي
بذلك الكفاره جاز عنها وقال الليث بن سعد يجوز ان
يشتري اباه فيعتقه وفي خزانه الاكمل وكذا لو وهب له او اوصى
له به فنوى عن كفارته جاز بخلاف الارث ولا يصح عند ملك والشافعي
وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والافطار والقتل ويأتيك في كتاب
الايمان ان شا الله تعالى فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر
فضمن قيمة باقيه واعتقه لم يجزيه عند ابي حنيفه ويجزيه عندهما
لانه اعتاق الكل عنها لعدم تجزيه هذا اذا كان موسرا وان
كان معسرا لا يجزيه لان المعتق يسعى في نصف قيمته فكان
اعتاقا بعوض وله ان نصيب صاحبه ينقص باعتاقه انتقاصا
حكميا اذ لا يجوز له بعد ذلك بيع نصيبه ونقله الى غيره فينتقل
اليه كذلك فلا يجوز بخلاف المكاتب حيث يجوز اعتاقه عن
كفارته وهو على مدرك انفساخ الكتابه ظاهر وعلى المدرك الاخر
مشكل لكن قابل للانفساخ بخلاف معتق البعض فان حكمه حكم
المكاتب ولا يقبل الانفساخ فلهذا كان النقصان لازما فيه
فان اعتق نصف عبد عنها ثم باقيه جاز والنقص في ملكه كذهاب
عين الضحيه بالسكين وعندهما هو عتق بكلام واحد لعدم تجزي

الاعتاق عندهما وفي المدونه ان اعتق نصف عبده ثم اعتق باقيه
عنها اجزاه وفي الجواهر المشهور نفي الاجزا وفي الانوار
روى عيسى عن ابن القسم انه يجزيه وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون
واصبغ انه لا يجزيه وهو قول ابي ثور وفي النهايه لو اشترى
قريبه يحصل العتق مرتبا على الملك وقال ابو اسحق المروزي
يثبتان معا وعدوه من هفواته سوال جعل النقص
مصروفا الى الجهه الاضحيه عند تحقق التعذر لا يدل على صرفه
الى تلك الجهه عند عدم العذر اذ قد تعهد النقصان في العتق
دون الاضحيه ويمكن ان يقال النقص في العتق حكمي فلا فرق بين
اعتاقه بكلام واحد او بكلامين فيستوي عمده وخطاه وفي الاضحيه
حقيقي فتعذر في الخطا دون العمد فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم
جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه عنها لم يجز عند ابي حنيفه رضي الله
عنه لان الاعتاق يتجزا عنده على ما ياتي بيانه وعندهما يجوز
لان اعتاق النصف اعتاق الكل عندهما قال وشرط الاعتاق
ان يكون قبل المسيس بالنص وقد حصل اعتاق النصف بعده عنده
فلا يجزيه وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل
المسيس فجاز قلت في المنع على قوله نظر فانه لو جامع
ثم اعتق كله بعد المسيس يجوز بالاتفاق عن ظهاره وقد وقع الكل
بعد المسيس فوقوع النصف بعده اخف من وقوع الكل بعده
وجوابه منع التفرقه بالجمع بين النصفين قوله
واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس

فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق واما
التتابع فبالنص وشهر رمضان لا يقع عن غير رمضان الا ان يكون
مسافرا واما صوم رمضان لا يكون احد شهري الكفارة عند
الجمهور ويجزيه عن رمضان عندنا وقال ملك والشافعي لا يجزيه
عن رمضان ولا عن غيره وقال طاوس ومجاهد يجزيه عنهما وتوقف
ابن حنبل في الجواب وقال ابو ثور ان لم يعلم انه رمضان اجزاه
وان علم لم يجزيه وعليه قضا رمضان وان كان في السفر اجزا عن
الكفارة عند ابي حنيفه وابي ثور والظاهرية ولا يجزيه عند
ابي يوسف ومحمد والشافعي والصوم في ايام التشريق ويومي العيدين
منهي عنه فلا ينوب عن الكامل والواجب المطلق وصوم يومي العيدين
غير مشروع عند الايمة الثلثة وفي صوم ايام التشريق خلاف ملك
في الجواز وقد تقدم في صوم التمتع وان جامع التي ظاهر منها في خلال
الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفه
ومحمد وملك وابن حنبل ذكرهما في الحاوي للماوردي وقال ابو يوسف
والشافعي لا يستانف وهو قول ابي ثور وابن المنذر والظاهرية
والاول قول الثوري وابي عبيد مع من تقدم ذكرهم في المغني وجه
قول ابي يوسف ومن معه انه لا يجد ان يصوم قبل الوطي شهرين
ابدا فوقوع بعضه قبل الوطي وبعضه بعده اولى من وقوع كله بعده
فلا يجب الاستيناف ولنا قوله تعالى فصيام شهرين متتابعين
من قبل ان يتماسا وفيه دليلان احدهما انه نص النهي عن الوطي فيه
وقبله والنهي يقتضي فساد المنهي عنه اذا لم يكن لمعنى في غيره لا سيما

في العبادات والدليل الثاني انه امر بصوم شهرين متتابعين ليس فيهما
مسيس ويمكنه ان ياتي بذلك فوجب العمل بما يمكنه وترك ما لا
يمكنه وترك ما لا يمكنه لان العجز عن احدهما لا يوجب سقوطهما وقياسهم
على كفارة القتل باطل لان الوطي بالليل فيه غير محرم وكذا قياسهم ٢٠٠
على الاطعام لعدم النص فيه ووجوده هنا وقوله وان افطر
يوما منها بعذر او بغير عذر استانف وبالحيض لا يستقبل
وفي افساد صوم رمضان وفي كفارة اليمين يستقبل ويصل
القضا وفي النفاس والمرض يستقبل لانه يمكن وجود شهرين
خاليين عن النفاس والمرض بخلاف الحيض الا في كفارة اليمين
لقلة مدته ومذهبنا في منع المرض من التتابع وهو قول ابرهيم
النخعي وسعيد بن جبير والحكم والثوري والشافعي في الجديد بمصر
وقال ابن المسيب وعطا والشعبي ومجاهد وطاوس وملك وابن
حنبل وابن راهويه وابو عبيد وابو ثور لا يمنع ويروى ذلك عن
ابن عباس وقاسوه على الحيض ولنا ان التتابع شرط بالنص
والغالب وجود شهرين خاليين عن المرض فلم يكن في ترك التتابع
عذر بخلاف الحيض اذ الغالب انها تحيض في كل شهر فافترقا وان
جامعها بالنهار او غيرها عامدا استانف صوم الشهرين بالاتفاق
وان جامع غيرها بالنهار ناسيا او بالليل عامدا او ناسيا لا
يستانف ونقل ابن حزم عن ابي يوسف انه متى جامع التي ظاهر
منها قبل التكفير سقطت الكفارة سوا كانت عتقا او صوما
ونقله غلط ومردود بالحديث قال وقال ابو حنيفه يتمها بانيا

ونقله غلط كنقله عن ابي يوسف وان ظاهر العبد لم يجزيه
في الكفارة الا الصوم شهرين متتابعين وعن النخعي وعطا شهر
واحد وعنه لا ظهار للعبد دون سيده ذكر ذلك في المحلى وقال
ابن بطال في شرح البخاري اجمعوا على لزوم ظهار العبد وقولنا
مذهب الشافعي وابن حنبل وهو مروي عن الحسن وان اعتق العبد
او اطعم لم يجزيه عندنا وهو قول الشافعي وابن حنبل لانه لا ملك له
وقال ابن القسم ان اطعم باذن المولى اجزاه وان اعتق لا يجزيه
وعند الاوزاعي يجزيان باذنه اذا لم يقدر على الصيام وكذا لو كفر المولى
بهما لا يجزيه عندنا واذا كفر بالصوم فلا يمنعه المولى بخلاف النذر وكفارة
اليمين فان له منعه عنه وفي المدونة ان اضر بالمولى بصومه منعه منه
وفي خزانة الاكمل لا يصوم من له خادم بخلاف المسكن وبه قال
الاوزاعي وملك والدار كالخادم عنده وفي الجواهر ويجزيه
الصوم من يقدر على رقبة يحتاج اليها لخدمته وقال الليث
والشافعي يجوز الصوم مع وجود الخادم واعتبراه بالماء المعد
لعطشه والفرق بينهما ان الماء مامور بامساكه لعطشه
واستعماله محظور عليه بخلاف الخادم هكذا رواه الشيخ ابو بكر
الرازي في احكام القران ويرد على فرقه المسكن وثياب بدنه
ما يراد منه منزله لباس اهله بخلاف الخادم ولو صام شهرين متتابعين
فقدر على الاعتاق في اليوم الاخر قبل غروب الشمس يجب عليه
الاعتاق وكان صومه تطوعا والافضل ان يتم صوم اليوم الاخر
فان افطر فلا قضا عليه عند ايمتنا الثلثه وقال زفر يقضي هي

معروفه وهذا قول الحسن وابن سيرين وعطا والحكم وحماد والثوري
وابي عبيد وقال قتاده والاوزاعي والليث والشافعي وابو ثور
يمضي في صومه واختاره ابن المنذر وقال ابن حزم في المحلى
اذا عجز عن العتق والصوم فكفارته الاطعام ابدا ان يسر بعد
ذلك اولا قوي على الصوم ام لا ومن كان موسرا عند لزوم
كفارته ثم عجز لم يلزمه غيره لا صوم ولا اطعام وان عجز عن
العتق وقدر على صوم ولم يصمها ثم عجز عن الصوم لم يجزيه عتق
ولا اطعام ابدا ويعتبر حاله وقت ادايه عندنا وبه قال
ملك وقال ابن حنبل والظاهريه وقت وجوبه وللشافعي
اقوال وفي الاسبيجابي واليسار والاعسار يعتبر وقت التكفير
لا وقت الاعسار وفي الجواهر ان شرع في الصوم ثم ايسر
لم يلزمه العتق وقيل ان صام يوما او يومين اعتق ولا اصل
له قلنا قد قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل
فيبطل حكم البدل كالتيمم والاشهر في العدة ولو قال ان
اشتريته فهو حر عن ظهاري فاشتراه يجزيه عنه وكذا في المدونه
ولو اعتق اجنبي عن ظهاره لا يجوز وان كان باذنه لما فيه من الزام
الولا، وفي الانوار لو اعتق اجنبي عبده عن ظهاره ولم يعلم به
جاز عند ابن القسم وقال عبد الملك لا يجزيه وقال اشهب
لا يجزيه وان كان بسواله ورغبته ولو اعتق عنه بامره لم يجزيه
عندهما وعند ابي يوسف والثوري وملك والشافعي وابي ثور يجزيه
وعلى مال لم يجزيه بالاتفاق وقد تقدمت المسله وان اعتق عبده

عن ظهاره على ما لم يجز وان وهب المال له فـــرع ظن انه
ظاهر منها فكفر عنها ثم تبين انه ظاهر من غيرها لم يجزيه عنها
ذكره في جوامع الفقه والعيون وفيه ونية كفارة غيره لا
يجزيه عن نية كفارة رتب فـــرع اعتاق العبد الحربي
في دار الحرب لا يجزيه عنها والمستأمن يجزيه ولا يجوز دفعها الى
فقراء اهل الحرب وان كان مستأمنا ويجوز لفقراء اهل الذمة وفيه
خلاف ابي يوسف ذكره في الخزانة وفقراء المسلمين احب قـــوله
واذا لم يستطع الصيام اطعم ستين مسكينا كل مسكين نصف
صاع من بر او صاعا من تمر او شعير والشرط والعدد بقوله
تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وفي المدونة روى ابن وهب
ومطرف عن ملك مدين لكل مسكين بمد النبي عليه السلام وروى
البغداديون ان مد هشام مدان بمده عليه السلام وقد نص
رسول الله صلى الله عليه وسلم على مدين في فدية الاذى فالظهار
مثله قال صاحب الانوار هو الصحيح وقال ابن حنبل يطعم
مدا من بر او نصف صاع من تمر او شعير وقال ابو هريرة يطعم
مدا من جميع الانواع قلـــت التسوية بين البر والشعير بعيد
جدا واحتج ابو داود عن عطا عن اوس اخي عبادة بن الصامت انه
عليه السلام اعطى خمسة عشر صاعا من شعير قال ابو داود وهو
منقطع لان عطاء لم يلق اوسا وترك ابن حنبل الذي صححه ابو داود
على خلاف مذهبه وقد قالت زوجته وانا اعينه بخمسة عشر صاعا
وعن ابن [illegible] انه عليه السلام جمع لاوس حتى اعتق رقبة عن ظهاره

ذكره الطبري ولنا حديث سلمة بن صخر فاطعم وسقا من تمر رواه
ابو داود واحمد والخلال وفي رواية ابي داود بعرق من تمر والعرق
ستون صاعا رواه احمد وابو داود وروى ابن ماجه باسناده عن
ابن عباس كفر رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاع من تمر وامر
الناس فمن لم يجد يستطع صاع من بر وروى الاثرم باسناده عن
عمر اطعم صاعا من تمر او شعير او نصف صاع من بر ذكره في المغني
وقد تقدم ذلك في صدقة الفطر وجنايات الحج مستوفا وفيه
ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في صدقة الفطر والزكاة فان اعطى
منا من بر ومنوين من تمر او شعير جاز والمنا رطلان لان المنوين
من تمر وقع بمقابلة منا من بر فصار كانه منوان من بر والجنس
متحد والمقصود واحد ولهذا لو ادى نصف صاع من تمر جيد يساوي
نصف صاع من البر لا يجوز بخلاف الكسوة عن الطعام بالقيمة حيث
يجوز فتعتبر القيمة لاختلاف المقصود وفي المدونة لا يجزي الدقيق
او السويق او الدراهم فيها وفا بالقيمة قاله ابن القسم وقال
ابن حبيب اذا اخرج الدقيق يجزيه ولا يخالفه ابن القسم وكما يجزيه
الخبز يجزيه الدقيق قلـــت هذا عين القيمة وان امر غيره
ان يطعم عنه عن ظهاره ففعل اجزاه قال لانه استقراض معنى
والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه كما لو وهب
الدين من غير من عليه الدين وامره بقبضه يجوز لانه يصير قابضا للامر
ثم يجعله لنفسه كذا هنا وفي ظاهر الرواية ليس للمامور ان يرجع به على
الامر لانه يحتمل الهبة والقرض فلا يرجع بالشك وعن ابي يوسف يرجع

ويجعل قرضا لانه ادناهما ضررا اذ رجوع بدله اليه كرجوعه فكانه
لم يخرج من ملكه بخلاف جعله هبه وهذا تعليل الكتاب لغير ظاهر
الروايه وهذا الحكم مذكور في شرح الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله
ويرد على ظاهر الروايه التزوج على عبد الغير او ثوب الغير او التزوج
بحر على زوجته امه الغير باذن مولاها فانه يجعل في هذه الصور
كلها قرضا وان كان في القرض شك والفرق ان في الاطعام معنى
القربه والصدقه غالب فنقصد بذلك الثواب والاجر دون المال
بخلاف غيره ومنهم من يقول الصدقه تقع في يد الرحمن قبل ان تقع
في يد المحتاج ولهذا لا تضر الجهاله في الصدقه لان القابض معلوم
ولهذا لو تصدق بدار يحتمل القسمه على فقيرين جاز وعلى غنيين لا
يجوز والفرق ان القابض في الصدقه معلوم دون الهبه فان
غداهم وعشاهم جاز قليلا اكلوا او كثيرا اذا حصل الشبع وفي المدونه
قال ابن المواز من غدى وعشى خبز البر بلا ادام فلا اعاده عليه وان
اطعم شعيرا او ذره وهو ياكل القمح لا يجزيه وان اطعم شعيرا وهو ياكل
الذره جاز اذا زاد على مبلغ شبع القمح وقاله اشهب ومذهبنا
قول النخعي وملك وقال الشافعي وابن حنبل الواجب فيه
التمليك دون الاطعام في ظاهر مذهب ابن حنبل وكان حمدان بن
سهل يقول لا يتادى الاطعام بالتمليك بل بالتمكين فقط لظاهر قوله
تعالى فاطعام ستين مسكينا والاطعام تصييره طاعما وذلك
بالاكل من طعم يطعم اذا اكل ومثله يستحب ان يطعم الانسان
قبل خروجه الى المصلى في عيد الفطر اي ياكل وللشافعي ان الاطعام

يذكر للتمليك عرفا كقوله اطعمتك هذا الطعام اي ملكتكه
قاس على الزكاه وصدقه الفطر والكسوه فانه لو مكن المساكين
من الكسوه بالاعاره فلبسوا بنيه الكفاره حتى تخرقت الثياب
لا يجزيه قلنا هذا مخالف لنص القران والحديث واطعم انس
رضي الله عنه في فديه الصيام قال احمد بن حنبل وضع لهم الجفان
ذكره في المغني ولم يتكلم عليه مع مخالفته مذهبه فدل على صحته
وقال عليه السلام لكعب بن عجره في فديه الاذى اطعم ثلثه
آصع سته مساكين وقد تقدم في جنايات الحج فثبت ان التمليك
ليس بشرط وابطلوا ما ورد به الكتاب والسنه وشرطوا ما لم
يرد به ولهذا لان الاباحه ثابته بالنص والتمليك فوقها في
سد خله المسكين فتتادى بكل واحد منهما والواجب في الزكاه
الايتاء بالنص وهو التمليك وفي صدقه الفطر الاداء وهو للتمليك
ايضا بخلاف الاطعام كما ذكرنا وان كان فيهم صبي فطيم لا يجزيه
لانه لا يستوفيه ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفا
الى الشبع ودونه الذره والدخن بخلاف الحنطه لان ادامها فيها
لا سيما اذا كان الخبز سخنا وانما يتوقف اكله على الادام عند
اهل الرفاهيه دون المساكين فان اعطى مسكينا واحدا ستين
يوما اجزاه وهو روايه عن ابن حنبل وان اعطاه في يوم واحد
لم يجزيه الا عن يومه لان الحاجه يتجدد في كل يوم فالدفع اليه في
اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحه من غير خلاف بين
الاصحاب واما التمليك في يوم واحد من مسكين واحد بدفوع

فقد قيل لا يجزيه قال فى الذخيره هو الصحيح وقيل يجزيه لان
الحاجه الى التمليك قد تتجدد فى يوم واحد بخلاف صرف الكل بدفعه
واحده لان التفريق بالنص ولو اعطى مسكينا واحدا عشره اثواب
فى كفارة اليمين كل يوم ثوبا حتى استكمل اجزاه وفى يوم واحد لا
يجزيه كما فى الاطعام فان قيل الحاجه الى الطعام تتجدد فى كل يوم
والحاجه الى الكسوه لا تتجدد الا فى كل سته اشهر او نحوها فلم تكن
الكسوه مثل الطعام قلنا اقمنا التمليك مقام الحاجه فى باب
الكسوه وهو يتحقق فى كل يوم واذا قام الشى مقام غيره يسقط
اعتبار حقيقته فى نفسه الا ان اداء الكل دفعه واحده لا يجوز
للتنصيص على تفريق الافعال وذلك بتفريق الايام فى حق الواحد
فجعل عدد الايام فى حقه كتجدد الحاجات تيسيرا والحاجه فى الكسوه
دون الحاجه الى الطعام فلم يعتبر فيها عدد الدفعات فى يوم واحد
واكثرهم لم يجوزوا الدفع الى واحد ستين يوما ونظروا الى صوره
العدد ولم يعتبروا المعنى قال ابن حزم لم يعمل به احد قبل ابى حنيفه
والمنع روايه عن ابى يوسف ذكرها فى جوامع الفقه وفيه لو اعطى
كل مسكين نصف صاع من تمر ومدا من الحنطه اجزاه وفى الخزانه
لو اعطى كل مسكين نصف صاع من تمر بسيا وفى صاعا من شعير لم يجز
وعليه تتميمه لاولئك المساكين دون غيرهم من المساكين قوله
فان قرب التى ظاهر منها فى اثنا الطعام لم يستانف عندنا وبه قال
الشافعى وابن حنبل وقال مالك يستانف واعتبره بالصوم ونحن
نعتبره باليمين لان الله سبحانه لم يشترط فى الاطعام ان يكون قبل

المسيس لكن يمتنع من المسيس قبل الاطعام لانه ربما قدر على
الاعتاق او الصيام فى خلال الاطعام فيقع الاعتاق او الصوم بعد
المسيس وهو منهى عنه لمعنى فى غيره لا يمنع مشروعيته فى نفسه
كالبيع وقت الندا وفى الاسبيجابى يجب تقديم الاطعام على الوطى
فلو وطيها فى اثنايه لا يستانف الاطعام واذا اطعم عن ظهارين
ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزيه الا عن واحد منهما
عند ابى حنيفه وابى يوسف وعند محمد يجزيه عنهما وان اطعم
ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما بالاتفاق واعتبره باختلاف
السبب والتفريق فى الدفع وصار ذلك كما لو صام سته ايام
عن يمينين ولم ينو ثلاثه ايام عن كل يمين ولهما ان النيه فى الجنس
الواحد لغو لان نية التعيين لتبيين المجمل او لتمييز المشترك ولا
يوجد ذلك فى الجنس الواحد بخلاف الجنسين فانها معتبره فيهما
واذا لغت نيه نصف الصاع والمودى يصلح كفاره واحده لان
التقدير بنصف الصاع لمنع النقصان لا لمنع الزياده فيقع عنها
لوجود اصل النيه بخلاف ما اذا فرق الدفع لانه فى الدفعه الثانيه
هو بمنزله مسكين آخر وبخلاف الصوم لانه لا يتصور وقوعه دفعه
واحده وفى الحواشى فان قيل لو اعتق عبدا عن احد الظهارين بعينه
صح نيه التعيين ولم يجعل لغوا ولهذا حل له وطى التى عينها قلنا
افادت النيه رفع حرمتها بعينها فان قيل تعلق بنيه الظهارين
هنا غرض صحيح وهو رفع الحرمه عنها فوجب ان يصح قلنا اعتاق
الرقبه يصلح كفاره عن احد الظهارين ورا او محلا فصحت نيته فاما

اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا ان كان يصلح عن الظهارين قدرا لا يصلح لهما محلا لان محل الظهارين مايه وعشرون مسكينا عند عدم التفريق فاذا زاد في الوظيفه ونقص عن المحل وجب ان يعتبر قدر المحل احتياطا كما لو اعطى ثلثين مسكينا كل مسكين صاعا ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين بنية الظهار ولم ينو عن احداهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهر او اطعم مايه وعشرين فقيرا جاز عنهما لان عند اتحاد الجنس يحتاج الى اصل النيه دون نية التعيين وان اعتق عنهما رقبه واحده او صام شهرين عنهما كان له ان يجعل عن ايهما شا وان اعتق رقبه عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر لا يجزي ذلك في الفصلين وقال الشافعي له ان يجعل ذلك عن احدهما في الفصلين وقال ابو ثور في الظهارين يقرع بينهما وايتهما اصابتها القرعه حل له وطيها وزفر اعتبر نيته في الكل وقد اعتق عن كل ظهار نصف العبد وقد خرج الامر من يده فلا يملك تعيينه والفرق بين الجنسين على ما تقدم واختلاف الجنس باختلاف السبب نظير الاول لو صام يوما في قضا رمضان عن يومين يجزيه عن يوم ونظير الثاني اذا كان عليه قضا ونذر فصام يوما عنهما لا يجزيه عن واحد منهما ولا بد من التمييز وفي المنتقى عن ابي يوسف لو تصدق بدرهم عن يمين وظهار فله ان يجعله عن احدهما استحسانا وفي جوامع الفقه ظاهر من اربع فاعتق عبدا عنهن وصام اربعة اشهر عنهن ثم مرض فاطعم ستين مسكينا عنهن جاز استحسانا لاتحاد الجنس ونقصان الهلال يمنع وفي الحـ انه صام تسعة وعشرين يوما بالهلال وصام قبله خمسة عشر وبعده خمسة عشر جاز وقيل عنده لا يجوز ويجب اتمامه بالعدد وفي الاشراف يجزيه بالاهلة ثمانية وخمسون يوما وبه قال الثوري ومالك واهل الحجاز والشافعي وابو ثور وابو عبيد وان لم يستقبل الهلال قال الزهري يصوم ستين قال ابن المنذر واجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم على ان من صام بغير الاهله ان صومه ستون يوما وفي المدونه لا يجزيه صوم ثلثين يوما واطعام ثلثين مسكينا او اعتاق نصف رقبه وفي المنهاج يجوز اعتاق عبد به عن كفارتيه عن كل واحد نصف ذا ونصف ذا وعندنا لا يجوز

باب اللعان

هو مصدر الرباعي من لاعن يلاعن ملاعنه ولعانا مثل ظاهر يظاهر مظاهره وظهارا الا ان المفاعله قياس والفعال ليس بقياس ولا يقال جالس جلاسا ولا قاعد قعادا ولا واعد وعادا ذكره ابن يعيش في شرح المفصل واصل اللعان الطرد والابعاد ومثله في الحاوي يقال التعن اي لعن نفسه ولاعن اذا لعن غيره ورجل لعنه بفتح العين اذا كان كثير اللعن لغيره ولعنه بسكونها اذا لعنه الناس كثيرا وسمي لعانا لما فيه من لعن نفسه في الخامسه وقيل سمي لعانا لوجود لفظ اللعان فيه كالصلاه تسمى ركوعا وسجودا وتسبيحا لوجود ذلك كله فيها قوله واذا قذف الرجل امراته بالزنا وهما من اهل الشهاده والمراه ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها المولود على فراشه فطالبته بموجب القذف فعليه اللعان وسوا في ذلك قوله رايتك تزنين وقوله انت زانيه عند الجمهور وبه قال الشافعي

وابن حنبل وفي نوادر ابن ابي زيد انما يجب اللعان بوجهين ان يقول
رايتها تزني كالمرود في المكحله او ينفي من حمل ظاهر بها بعد استبرائها
بحيضه فاكثر او يقول لم اطاها ولا يجب بقوله انت زانيه او قال يا
زانيه في المشهور عن ملك وفي الاكمال للعياض لا لعان في القذف
المجرد في مشهور قول ملك وهو قول الليث وابي الزناد وعثمان البتي
ويحيى بن سعيد وان فيه الحد على الزوج بكل حال قال وقال الكوفيون
والاوزاعي والشافعي وفقها اصحاب الحديث باللعان وهو روايه
عن ملك وفي التبصره اختلف قول ملك لو قال زنيت ولم يقل
رايت او قال ليس حملك مني ولم يقل استبريت فالصحيح انه لا
يلاعن حتى يدعي الرؤيه والاستبرا وقول ملك في هذا ضعيف
لان قوله انت زانيه او يا زانيه او انت معروفه بالزنى رمي لها بالزنا
فيجب اللعان بالنص ولم يذكر فيه المعاينه فصار كالاجنبيه والتعريض
بالزنا ولهذا يحد الزوج به عنده واللعان في الزوجه قايم مقام الحد
فاذا وجب به الحد في الاجنبيه يجب به اللعان في الزوجه للتخفيف في
حق الزوج ولان الاعمى يلاعن عنده وهو لم يرها تزني قط وشرط
ابن القصار في لعان الاعمى ان يقول لمست ذكره في فرجها ولم يشترط
ذلك غيره ولانه لا يشترط الرويه في نفي الحمل فكذا غيره ولو كانا
من اهل الشهاده والمراه ممن لا يحد قاذفها بان كان معها ولد لا يعرف
له اب او قد زنت في عمرها ولو مره او وطيت وطيا حراما ولو مره
لا يجب اللعان ذكره الاسبيجابي ثم الاصل ان اللعان عندنا شهادات
موكدات عن الخامسة بالايمان مقرونه باللعن قايمه مقام حد القذف

في حق الزوج ومقام حد الزنا في حق الزوجه وقيل هو شهاده عنده
وعند محمد فيه معنى اليمين حتى لو تلاعنا عند الحاكم ولم يفرق بينهما
حتى مات الحاكم او عزل فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما عندهما
لانه شهاده ولا يستقبل عند محمد لان فيه معنى اليمين وفي الروضه
الفاظ اللعان شهاده لفظا ومعنى عندهما وعند محمد يمين
وفي روايه عنه في معنى حد القذف وفي خزانه الاكمل ايهما
نكل عن اليمين حبس واجبر حتى يلتعن وهذا على خلاف قولهم ان
اللعان شهاده فان النكول لا يستعمل في الشهاده وقد صرح
باليمين ووجوب حد القذف اذا اكذب نفسه بعد اللعان يرد
قولهم اللعان قايم مقام حد القذف في حق الزوج فلو كان كذلك
يجتمع حدان بقذف واحد والجمع بين الاصل والبدل بعد حصول
المقصود بالبدل وكذا يلتعنان بعد اللعان فلو كان اللعان كالحد لم
يجز اللعان بعد اللعان كما لم يجز بعد الحد لعدم اهليه الشهاده ولو
قذف زوجاته الاربع يلاعن كل واحده ومرادهم انه لا يصار الى حد
القذف مع اهليه اللعان لقيامه مقام حد القذف وقوله وهما من
اهل الشهاده اي على المسلم هكذا في جوامع الفقه وفي حواشي الكتاب
معنى قوله من اهل الشهاده اي اهل ادا الشهاده وبطل لعان الاعمى
فانه ليس من اهل الادا على ما ياتي والظاهر من اقوال الايمه الثلثه
ايمان قال الماوردي في الحاوي يمين احدهم اربع ايمان بالله انه
لمن الصادقين فعبر عن اليمين بالشهاده وزعم ان حمله على الشهاده
فاسد لان شهادته لنفسه مردوده ويمينه لها مقبوله والذي يدل

على انها شهادات لا ايمان بقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم
اذ لا يجوز ان يكون المعنى ولم يكن لهم حالفون الا انفسهم لان احدا لا
يحلف عن غيره وانما يحلف عن نفسه ولا يجوز احلافه عن غيره والاجماع
منعقد على ان المراد بالشهداء من يشهد لا من يحلف وقوله ولم يكن لهم
شهداء الا انفسهم والمستثنى من جنس المستثنى منه فلا يجوز ان
يكون المستثنى حلفا مع ان المستثنى منه شهداء وهم الذين قامت بهم
الشهادة لا اليمين وقوله فشهادة احدهم اربع شهادات بالله لم يخل
من ان يكون الاتيان بلفظ الشهادة والحلف في كل مرة منها سوا
اولا بعد ان يكون حلفا ولما كان الاتي بلفظ الحلف واليمين مخالفا
للاية والسنة وكان المقتصر على الحلف واليمين مخالفا للكتاب
والسنة الا ان يورد بلفظ الشهادة لم يكن يمينا ولان الله تعالى
شرط اربع شهادات قايمة مقام اربع من الشهداء الا اربع من الايمان
اذ لا معنى لتكرير الايمان ولو قال احلف مكان اشهد لم يجز
وهو الصحيح من مذهب الشافعي ولو كان يمينا فقد اتى بحقيقة
اليمين المامور بها فما المانع من جوازها وقوله تعالى فشهادة
احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة وكذا قوله ويدرا
عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات فلاجل ذلك قلنا الركن
الشهادة المؤكدة باليمين عملا بحقيقة اللفظ الذي نطق به القران
وكذا السنة على ما ياتي قال ابن حزم في المحلى قد روينا عن
الشعبي ان لا شهادة له لا يلاعن وفي حديث ابن مسعود من
رواية مسلم وابي داود يشهد الرجل اربع شهادات بالله انه من

الخامس

الصادقين وفي مسلم والنسائي فدعا هلالا فشهد اربع شهادات
بالله انه لمن الصادقين الحديث وقال الماوردي تاويل
ابي حنيفة خطا لان من قال بحقيقة لفظ الشهادة لم يكن قوله
تاويلا بل التاويل قول من ترك حقيقة اللفظ بالاجتهاد الفاسد
ويعطل القران والحديث وشهادته لنفسه مقبولة غير مردودة
الا عند التهمة قال الله تعالى شهد الله انه لا اله الا هو ولانه
في الاية لان هذه الشهادة باذن الله سبحانه وتعليمه وشرع رسوله
ومن يرم قول العلما بالفساد ولم يبل معشار ما اوتوا ولم يدن
من درجة اصغرهم جدير بان يقابل بذلك فلو تادب لتادبنا
معه وفي التبصرة المالكية لو كانت الزوجة حرة مسلمة والزوج
نصراني ولاعن فنكلت لم تحد بلعان الكافر وهو يبطل دعواهم
انه ايمان اذ هو من اهل اليمين لا من اهل الشهادة فاعتبروا
فيه الشهادة دون اليمين وقالوا ايضا لو قذف نساءه الاربع
بكلمة واحدة قال الابهري يلاعن لكل واحدة بمنزلة الشهادة
ولو اتى بالشهود للزم ان يشهد على كل واحدة فكذا اللعان بخلاف
اليمين ثم انهم لا يقضون بالنكول في الاموال ويقضون به في الدما
والرجم وفساده وتناقضه واضح وزعموا انها ترجم بنكولها مع
ايمان الزوج كرد اليمين اذا ثبت هذا فنقول لا بد ان يكونا من
اهل الشهادة لان الركن فيه شهادة ولا بد ان يكون هي ممن يحد
قاذفها مع اهلية الشهادة لانه قايم مقام حد القذف في حقه
فلا بد من احصانها وفي التنبيه ان كانت زانية عزر ولم يلاعن

ممنوع
فانه [illegible] وهو
ثم النكول [illegible]
ثم الشهادة ان ترد اليمين
وبان [illegible] بعد النكول
يكون بعد النكول فلم يحلف
تقدمت على اليمين بعد
هنا من قبل رد النساء
النكول عنها وفي محمد [illegible]
لو قذفها ولم يلاعن وعزر ثم
ثانيا لم يلاعن

على ظاهر المذهب وفي التبصرة فان لاعن وهي نصرانية لم يجب
عليها اللعان وليست النصرانية داخلة تحت قوله تعالى ويدرا
عنها العذاب والمراد بها المسلمة فاذا كان اللعان يمينا عندهم
فلا مانع منه ولو التعب اختلفوا في وقوع الفرقة به وفي التنبيه
يصح اللعان من كل زوج بالغ عاقل وفي المبسوط شرطه اهلية
الطلاق عند الشافعي وابطله بان الفرقة به عنده ليست طلاقا
بل هي تحريم مؤبد فلا معنى لاشتراطه اهلية الطلاق ومنهم من
اشترط اهلية اليمين لان الفاظ اللعان ايمان عنده وهو منقوض
بالزانية وكذا قول صاحب التنبيه فالحاصل ان مذهب مالك
والشافعي مضطرب غير جار على قانون واحد ويجب نفي ولدها
عنه لانه يصير قاذفا لها ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره
بالوطي بالشبهة والنكاح الفاسد لان الاصل نسبة الولد الى
النكاح الصحيح والفراش الصحيح كما لو نفى اجنبي نسبه عن ابيه
المعروف والفاسد والشبهة ملحقان به فنفيه عنه قذف
حتى يثبت الملحق به وفي جوامع الفقه وغيره لو قال وجدت
معها رجلا يجامعها فليس بقذف لها لانه يحتمل الكل والجماع بشبهة
والنكاح الفاسد فقد حملوا الوطي على الملحق به ولم يجعلوه قذفا
بالزنا فكان ينبغي ان يكون هنا كذلك لانه لم يصرح بالزنا ق
قــــــوله ويشترط طلبها لانه حقها فكان كساير
حقوقها وتليه الايمة الثلاثة الا ان يكون نفي الولد فان له
ان يطلب لاحتياجه الى نفي نسب من ليس نسبه منه وهو طاهر عنه

الشافعي فانه يجوز عفوها واسقاطها وفي المحلى لابن حزم يجب
على الحاكم ان يجمعهما في مجلس طلبت ذلك او لم تطلب وطلب هو ذلك
او لم يطلب ولا راي لهما في ذلك ويدل عليه قوله عليه السلام
لعويمر العجلاني فاذهب فات بها وفي حديث هلال بن امية
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ارسلوا اليها فارسلوا اليها
فجاءت وصاحب الحق لا يطلب لطلب حقه وقال عليه السلام
لهلال ايت باربعة يشهدون والا فحد في ظهرك ولم يرو انها
طلبت من النبي عليه السلام ذلك وفي التنبيه الاصح انه لا يلاعن
الا بطلبها وفي المغني يشترط طلبها كحد القذف الا ان يكون نفي
الولد فلا طلب منه وقوله فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن
او يكذب نفسه فيحد حد القذف لان ذلك بعد طلبها حق واجب
عليه لما فيه من معرة نسبتها الى الزنا ولحوق الشين بها وهو
قادر على ايفايه فيحبس حتى ياتي به ويزول ذلك عنها ويبدا بالزوج
لانه القاذف لها والرامي به والمدعي عليها فاذا لاعن وجب عليها
اللعان والاصل فيه النص المتلو في سورة النور فان امتنعت
حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه قال في الينابيع وفي
بعض النسخ او تصدقه فتحد وهو غلط لان بالاقرار مرة واحدة
لا تحد وكذا لو صدقته اربع مرات لا تحد لان التصديق ليس
باقرار صريح بالزنا فلا يحد انتهى كلام صاحب الينابيع وفي
الذخيرة لو صدقته المراة فلا حد ولا لعان وفي جوامع الفقه
لو صدقته المراة في المجلس اربع مرات يسقط اللعان ولا حد عليها

وفي الحاوي اللعان عند الشافعي غير واجب عليه ولا عليها فاذا لاعن
لا يجبر المراة على اللعان فان لم يلاعن حد للقذف وان لم يلاعن هي رجمت
الزنا بعد الدخول بها ولعانه يسقط عنه حد القذف ولعانها
يسقط عنها حد الزنا وزعموا ان منها يوجب حد القذف
على الزوج وجعل له اسقاطه عنه باللعان تخفيفا عنه ويوجب
حد الزنا على الزوجه ويسقط عنها التعانها وتعلقوا بقوله تعالى
ويدرا عنها العذاب الايه وفي المقدمات يجب بلعان الزوج
ثلثة اشيا قطع نسب الولد واسقاط الحد عنه وايجاب الرجم
على الزوجه ان لم تلاعن قلـــــت وما اكفى اسقاط الحد
عن نفسه بيمينه حتى يوجب على غيره بقوله الرجم ولم يرد به كتاب
ولا سنه ولا قول احد عليه في الشرع في اثبات الرجم الذي لا
يثبت الا بشهاده اربعه عدول يشهدون انهم راوه يزني بها كالميل
في المكحله او كالمرود في المكحله والكتاب والسنه ينفيان ان يجب
احد حدا بمال بقول الفاسق لاسيما ما لا يثبت الا بقول اربعه عدول
ولا يجوز ان يكون وجوب حد الزنا عليها بامتناعها من اللعان لانه
امتناع من اليمين عندهم ومن الشهاده عندنا وذلك لا يوجب
حدا بالاجماع ولا يحلف عليه ولا مالا عندهم ولا يقضون بالنكول في
الدما فكيف يقضون به في النفس ونزول ايه اللعان اسقط عنه طلب
اقامه البينه على صدقه فكان مسقطا لوجوب الحد كما اسقط الالزام
بالبينه وعن الحسن البصري اذا ابت المراه الالتعان حبست حتى [illegible]
ولا يجوز اقامه حد الزنا عليها بترك اللعان اذ ليس في الاصول

ايجاب الحد بالنكول وقوله تعالى ويدرا عنها العذاب ان تشهد
اربع شهادات بالله الايه اي عذاب الحبس عندنا عذاب الاخره
الثابت في اذهان الناس بقول الرامي لها لظهور كذبه بالتعانها
كما قال هلال والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها الحديث
رواه البخاري وابو داود قـــــوله واذا كان الزوج
عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امراته فعليه الحد
وهو قول الشعبي والزهري والاوزاعي وحماد ومكحول وعطا
والنخعي وفي روايه عن ابن حنبل لا يصح اللعان الا من زوجين حرين
مسلمين غير محدودين في قذف وذكر القاضي من الحنابله في المجرد
في الامه والذميه والمحدوده في الزنا لزوجها لعانها في نفي الولد
خاصه ذكر بعض ذلك في المحلى واكثره في المغني ولان اللعان شهادات
على ما تقدم ولا شهاده لهولا وعند عدم اهليه الشهاده الواجب
فيه حد القذف وانما يعدل الى اللعان بشرط اهليه اللعان ولم يوجد
وفي حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال اربع من النسا ليس بينهن وبين ازواجهن
لعان اليهوديه والنصرانيه تحت المسلم والحره تحت المملوك والمملوكه
تحت الحر رواه الشيخ ابو بكر الرازي والدارقطني وفيه ليس بين
المملوكين ولا الكافرين لعان وذكره ابو عمر بن عبد البر ايضا وضعفه
ورواه الدارقطني من طرق ثلث وضعفه والضعيف اذا روي من
طرق يحتج به لما عرف وصوره المسلمه تحت كافر ان تكون قد
اسلمت فقدمها قبل ان يعرض عليه الاسلام وان كان هو من اهل

الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد
قاذفها بان كانت مجوسية او كان معها ولد لا يعرف له اب وقد
تقدم او كانت صغيرة او مجنونة او قال زنيت قبل ان تخلقي فلا
حد عليه ولا لعان لعدم اهلية الشهاده والاحصان في جانبها
وامتناع اللعان لمعنى من جهتها يسقط حد القذف عنه كما لو
صدقته على الزنا لا يحد حد القذف هو ولا حد الزنا هي كما تقدم
وقد ذكرنا الحديث قبل هذا ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لمعنى
لان امتناع اللعان من جهته لانه حين ادعى ذلك لم يكن من اهل الشهاده
قال عليه السلام يجلد هلال بن امية ويبطل شهادته رواه
ابو بكر الرازي ولان الفاعل مقدم على المفعول وجودا ورتبة
وهو الاصل ايضا والفاعل لا يستغنى عنه ولهذا لا يجوز حذفه
والمفعول يستغنى عنه ولهذا يجوز حذفه ولان اضافة الحكم الى
الموجب اولى من اضافته الى المانع ولان الاجنبي المحدود في القذف
لو قذف محدودا في قذف يحد فكذا الزوج المحدود في القذف لان
المخصوص من اية الجلد الزوج الذي له اهلية الشهاده بخلاف
ما لو كانا رقيقين حيث لا يجب حد ولا لعان لعدم الاحصان واهلية
الشهاده وفي الخزانة المسلم اذا كان تحته كتابية او محدودة او امة
او مدبرة او مكاتبة فقذفها بالزنا لا حد عليه ولا لعان ولكن يعزر
اسواطا ومثله في المبسوط وفي جوامع الفقه اذا كان الزوجان
محدودين في قذف يجب عليه الحد وهو كالعبد يقذف محدودة يجب
عليه الحد وان كانت امة او ذمية وهو مسلم فقذفها ثم

اسلمت او اعتقت لا يجب عليه الحد ولا اللعان فان قذفها بعد ذلك
يلاعن وبالفسق والعمى لا يمتنع اللعان لانهما من اهل الشهاده
وامتنع الادا لمانع ولو شهد اربعة فساق سقط الحد عنها وعنهم
ولو كانوا عميانا او حدوا لعدم اهلية الادا وفي الينابيع لو كان
الزوج فاسقا او اعمى يجب اللعان لان لهما شهادة والفايت في
الاعمى الادا وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة ان الاعمى لا يلاعن
ذكره في الروضه وفي المرغيناني اذا لم يكونا اهلا للشهاده
حد الزوج وكان ينبغي ان لا يحد لان اعتبار جانبها يمنع الحد فلا
يجب بالشك ولاسيما ان الحد يدرا بالشبهة لكن القذف يكون
من الزوج وهو الموجب ولا معتبر بالمانع من جانبها بدون الاهلية
من جانبه وفي المنافع ركن اللعان الشهادات الصادرة منهما
وشرطه قيام الزوجية بينهما وسببه قذف الزوج زوجته دون
العكس حتى لو قذفته تحد واهليته من كان اهلا للشهادة
عندنا وعند الثلثة الايمة من كان اهلا لليمين ويرد عليه ان المراه
قد يكون اهلا للشهادة ولا يكون اهلا للعان على ما تقدم والتاكيد
باليمين لا يخرجه عن الشهاده وانما افردت الخامسه لانها ليست
من الشهادات وفي المبسوط اقام الشافعي كلمات اللعان مقام اربعة
من الشهدا وجعلها موجبة لحد الزنا عليها جلدا او رجما ان لم تدرا
عن نفسها عذاب الحد باللعان قال وهذا عجب من الشافعي فانه
لا يقبل شهادته عليها بالزنا مع ثلثة عدول فكيف يوجب الحد
عليها بشهادته وحده او بيمينه وحده اربع مرات اذا لم تلاعن وعند

لا تشترط اهلية الشهادة بل الشرط عنده اهلية الطلاق فاذا
كان اهلا له كان من اهل اللعان قلنا وهذا تناقض لانه جعل
كلمات اللعان شهادات في وجوب الحد عليها بها ولم يشترط اهلية
الشهادة ولا معنى لاهلية الطلاق عنده فانه تحريم مؤبد عنده
فلا معنى لاشتراط اهلية الطلاق وعندنا شهادته مع ثلاثة
مقبولة اذا لم يكن بالزنا وفي نوادر ابن ابي زيد لو شهد اربعة
احدهم زوجها حد الثلثة وان علم بعد رجمها لم يحد الثلثة ولاعن
الزوج فيها لنا ان شهادة الزوج على الزوجية مقبولة
بالاجماع اذا عريت عن التهمة وهنا لا نفع له وعليه ضرر عظيم
لانه يلحقه به عار ومعرة ويعير به ويزول عصمته ولا
يسقط شي من حقها كما لو شهد عليها بالقتل العمد وفي المنافع
كان ينبغي ان اللعان اذا امتنع لعدم اهلية الشهادة من احدهما
ان يجب الحد لان اللعان بدل عن الحد عند اجتماع اهلية الشهادة
فاذا تعذر البدل والاصل باق يصار اليه لانه الموجب الاصلي
والعمل العارض عند استجماع الشرايط فقال لا مانع في حقه لانه
اهل اللعان فلا يجب عليه الحد قال وصفة اللعان ان يبتدي
القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني
لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله
عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع
ذلك ثم تشهد المراة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن
الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها

ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا يقيم الحاكم الرجل بين
يديه ويامره ان يقول اربع مرات الى اخرها ويامر المراة ان يقوم
ويقول اربع مرات اشهد بالله انه من الكاذبين الى اخرها والقيام
ليس بشرط وفي المحيط لو كان الزوج حد حد القذف كله او بعضه
فقذف امراته يجب عليه الحد لانه مكمل وباقامة بعض الحد لا
يسقط عدالته لكنه مكمل ويقيمه الحاكم كالحد وتفسيره هو
شهادات مؤكدة مزكاة بالايمان موثقة باللعن والغضب وصورته
ان يقوم الزوج فيقول اشهد بالله اني لصادق فيما رميتها من
الزنا اربع مرات ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين
فيما رميتها به من الزنا ويقوم المراة ويقول اربع مرات قايمة
اشهد بالله انه لكاذب فيما رماني به من الزنا ويقول في الخامسة
غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا
وفي الذخيرة يقيمها القاضي متقابلين بين يديه وقت
الالتعان وقال في الاصل يقول له القاضي قم فالتعن فيقوم
ويقول اربع مرات اشهد بالله اني لصادق فيما رميتها به من الزنا
وفي الخامسة لعنة الله عليه ان كنت كاذبا فيما رميتها به من الزنا
ثم تقوم الزوجة فتقول اربع مرات اشهد بالله انه لكاذب فيما
رماني به من الزنا وفي النتف يقيم الرجل حتى يحلف بالله الذي
لا اله الا هو وحده لا شريك له اربع مرات انه لمن الصادقين فيما
رماها به من الزنا او من نفي الولد ثم يقيم المراة فتحلف بالله الذي
لا اله الا هو وحده لا شريك له ان زوجها من الكاذبين فيما رماها

به من الزنا او من نفي الولد والخامسة ان يقول ان غضب الله عليه
ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا وفي الاسبيجابي
والخامسة ان يقول ان لعنة الله علي ان كنت من الكاذبين فيما رميتها
به من الزنا وتقول المراة في الخامسة ان غضب الله علي ان
كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا او من نفي الولد وفي
الاسبيجابي اذا رافعته الى القاضي ينبغي للقاضي ان يقول لها
انزكي وانصرفي وان انكر فاقامت عدلين بينة ولا تثبت برجل وامراتين
وليس لها يمينه على قذفها ولو اقام الرجل رجلا وامراتين على تصديقها
سقط اللعان وفي المحلى اذا لم يات الزوج باربعة قيل له
التعن فيقول بالله اني لمن الصادقين بالله اني لمن الصادقين بالله اني
لمن الصادقين بالله اني لمن الصادقين هكذا يكرر بالله اني لمن الصادقين
اربع مرات ثم يامر الحاكم رجلا يضع يده على فيه ويقول له انها موجبة
فان ابى فانه يقول وعلي لعنة الله ان كنت من الكاذبين فيسقط عنه الحد
لها فان لم يلتعن لها حد حد القذف فاذا التعن قيل لها ان التعنت
والا حددت حد الزنا فتقول هي بالله انه لمن الكاذبين بالله انه لمن
الكاذبين بالله انه لمن الكاذبين بالله انه لمن الكاذبين تكرر بالله انه
لمن الكاذبين اربع مرات ثم تقول وعلي غضب الله ان كان من الصادقين
ويامر الحاكم من يوقفها عند الخامسة ويقول هي موجبة لغضب الله
تعالى فاذا قالت ذلك برئت من الحد للزنا وعن ابي حنيفة رضي الله عنه
تقول فيما رميتك به من الزنا بكاف الخطاب وهو رواية الحسن
عنه لان هاء الغيبة محتملة ووجه الظاهر ان مع الاشارة لا يحتمل

غيرها ولجتمع فيه اداتا تعريف فهو اولى وفي التنبيه يسميها ان
كانت غائبة ويشير اليها ان كانت حاضرة وقيل يجمع بينهما وانكر
السرخسي فقال لا معنى لذكر الاسم والنسب مع الحضور وفي التنبيه
يقول في الخامسة وعلي لعنة الله ان كنت من الكاذبين وفي المنهاج
لو بدل الشهادة بحلف او نحوه او الغضب بلعنة او العكس او ذكر
ذلك قبل تمام الشهادات لم يصح على الاصح قال
فاذا التعنا لم تقع الفرقة بينهما حتى يفرق الحاكم بينهما الى اخر ما ذكره
اعلم ان اهل العلم اختلفوا في هذه المسالة اختلافا شديدا فنحن
نذكر ها هنا مواضع الخلاف فذهب ابو عبيد الى انها تحرم عليه
حرمة مؤبدة بنفس القذف وهو شذوذ منه وذهب جابر
ابن زيد وعثمان بن سليمان البتي وجماعة من اهل البصرة الى انه
لا تقع الفرقة بينهما وهي زوجته وانما سقط به الحد والنسب
وهذا مقابل للمذهب الاول وذهب الشافعي الى انه تقع الفرقة
بينهما بفراغ الزوج من الملاعنة قال الشيخ ابو بكر الرازي
قول الشافعي خارج ليس له فيه سلف قلت ذكر في
المقدمات انه ظاهر قول مالك في موطاه وقول عبد الله بن عمرو بن
العاص في المدونة وقول اصبغ في العتبية في الذي يتزوج في العدة
فيأتي بولد فيلاعن احد الزوجين انها تحرم ابدا على الذي لاعنها ولم
يلاعنه وبه قال سحنون وقال ابن حزم في المحلى قول الشافعي
تقع الفرقة بلعان الزوج وحده وينتفي الولد به قول لا برهان وما قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها الا بعد التعانهما

والمذهب الرابع تقع الفرقة المؤبدة بينهما بالتعانهما وهو
قول زفر والمشهور من مذهب مالك واصحابه وبه قال ابو ثور
وهو رواية عن ابي عبيد ذكره ابن المنذر في الاشراف وذلك مروي
عن ابن عباس واختاره ابن المنذر وهو قول ابن حنبل الا انه يقف
على تفريق الحاكم على ما ياتي في ظاهر قول الخرقي والمذهب الخامس
لابد من تفريق القاضي ويكون تحريما مؤبدا وبه قال ابو يوسف
وهو رواية عن ابن حنبل والمذهب السادس ان اكذب نفسه
ردت اليه زوجته وهي رواية حنبل عن ابن حنبل وهي رواية
شاذة والمذهب السابع ترد اليه ما لم تنقض عدتها وبه
قال سعيد بن جبير والمذهب الثامن ان لم يطلق الزوج
طلقها عليه الامام ثلثا ورجع اليه بعد زوج وهو قول ابن
لبابة من المالكية وقالوا انه في كتاب ابن شعبان والمذهب
التاسع استحب ابن نافع وعيسى بن دينار من المالكية اظهار
الطلاق بعد التلاعن بحديث عويمر على ما ياتي والمذهب
العاشر لا يقع بفراغهما شيء ولا بد من تفريق الحاكم وهي طلقة باينة
فاذا اكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب يحل له ان يتزوجها وان
طلقها هو طلاقا باينا تكتفي به وهذا قول ابي حنيفة ومحمد والثوري
وسعيد بن المسيب وابرهيم النخعي ذكرهما ابو بكر بن ابي شيبة
في مصنفه والشعبي ذكره ابن حزم في المحلى وعبيد الله بن الحسن
واشهب في التبصرة ومحمد بن ابي صفرة وعبد العزيز بن ابي سلمة
ذكرهم القاضي عياض في الاكمال لنا حديث ابن عمر ان النبي

عليه السلام لاعن بين رجل وامراته فانتفى من ولدها ففرق بينهما ٤٦
والحق الولد بامه رواه البخاري في هذا لفظه ومسلم وعنه ان رجلا
لاعن امراته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق رسول الله
بينهما والحق الولد بامه وعن سعيد بن جبير عن ابن عمر في حديث
طويل وذكر فيه لعانهما ثم فرق عليه السلام بينهما اخرجاه في
الصحيحين وعن سهل بن سعد الساعدي في خبر المتلاعنين قال
فطلقها ثلث تطليقات فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم
وكان ما صنع عند رسول الله سنة رواه ابو داود وعن سهل بن
سعد الساعدي ان عويمر بن الحرث العجلاني وفي سنن ابي داود
عويمر بن اشقر جا الى عاصم بن عدي الانصاري فقال له يا عاصم ارايت
رجلا وجد مع امراته رجلا يقتله فتقتلونه ام كيف يفعل سل لي
يا عاصم رسول الله عن ذلك فسال عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم
فكره رسول الله المسايل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من
رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى اهله جاءه
عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله فقال عاصم لعويمر
لم تاتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسالة
التي سالته عنها فقال عويمر والله لا انتهي حتى اساله عنها
فاقبل عويمر حتى جا رسول الله وسط الناس فقال يا رسول الله
ارايت رجلا وجد مع امراته رجلا ايقتله فتقتلونه ام كيف يفعل
فقال رسول الله قد نزل فيك وفي صاحبتك فاذهب فات بها قال
فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا

من لعانهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها ثلثا قبل ان يامره رسول الله قال ابن شهاب وكانت تلك سنة المتلاعنين رواه البخاري ومسلم ومالك في الموطا وابو داود وابن ماجه وعن سهل بن سعد شهدت المتلاعنين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وانا ابن خمس عشرة سنة وفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما حين تلاعنا وهذه الاحاديث الصحاح كلها تدل على عدم وقوع الفرقة بتمام تلاعنهما حتى يفرق بينهما وكذا انفاذ طلاقه الثلاث وجميع ذلك بعد التعانهما ولم يرد في الحديث انه فرق بينهما قبل لعان المراه عند فراغ لعان الرجل قال ابو جعفر الطحاوي قول الشافعي خلاف القران والحديث وينبغي على قوله ان لا تلاعن المراه اصلا لانها ليست زوجة عند لعانها وقال عياض قوله قبل ان يامره رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتضي وقوع الفرقة بغير حكم وهو قول كافة العلما قلت بل ذلك يقتضي انه عليه السلام يامره به فاستعجل فطلق قبل ان يامره بالطلاق او يفرق بينهما كما ورد في عامة الاحاديث ولا يدل بوجه ان الفرقة تقع بفراغها بغير تطليق منه ولا تفريق من الحاكم وقوله وهو قول كافة العلما خطا في اللفظ والحكم اما الخطا في اللفظ فلان استعمال لفظة الكافة لا يكون الا حالا نص على ذلك جماهير اهل اللغة وما جاء غير حال فغلط او شاذ واما الخطا في الحكم فلان ذلك ليس قول كافة العلما كما زعم بل هو قول من عشرة اقوال كما تقدم واضح وتعلقت

الشافعية لاباحة ارسال الثلاث جملة بحديث عويمر بن اشقر العجلاني المتقدم وفيه فطلقها ثلثا قبل ان يامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه السلام فقال لهم يعقوب وفيه كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها ولم ينكر عليه ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندكم قد حرمت عليه حرمة مؤبدة بلعان الزوج وحده فهلا انكر ذلك عليه ولم لا قال امساكها محال عليك ومن القبيح ان يتعلق الانسان ببعض الحديث ويترك بعضه الذي هو حجة عليه وقد نهى عليه السلام عن ايقاع الثلث جملة في غيره واحتجاج عثمان البتي بطلاق عويمر لا يصح فانه عليه السلام فرق بين المتلاعنين في حديث ابن عمر وحديث ابن عباس وحديث سهل بن سعد قال سهل فكانت سنة لمن كان بعدهما ان يفرق بين المتلاعنين وقال عمر رضي الله عنه المتلاعنان يفرق بينهما وقوله انها الموجبة اي توجب لعنة الله وغضبه وزعموا ان معنى تفريق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين اعلامهما بوقوع الفرقة بينهما وهو غلط وتحريف للحديث لان التفريق ايقاع الفرقة بينهما ولو كان ما قالوه صحيحا لقال اعلمهما بوقوع الفرقة ولم يكن في قول الراوي وهو سهل بن سعد فطلقها ثلث تطليقات فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابو داود معنى وفايدة وهو يبطل قولهم وهذا لان الزوج بلعانه امتنع من الامساك بالمعروف لان بعد تلاعنهما لا يبقى اسباب المودة وحسن الصحبة بينهما فناب القاضي منابه في التسريح بالاحسان دفعا للظلم عنه فكان تطليقه بائنة كما في العنين يدل عليه قول

ذلك الملاعن ان امسكتها فهي طالق ثلثا قاله بعد لعانهما قلت
ولفظة كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها ثلثا قبل ان
يامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه تحالف بين الزوجين
عندهم فلا ينفسخ النكاح الا بالقضا كما في التحالف في البيع وفي
الذخيرة قال بعض مشايخنا لا يستقيم هذا الجواب على قول
ابي يوسف فانه يقول الثابت باللعان تحريم مؤبد كحرمة الرضاع
والمصاهرة وهي لا تتوقف على القضا قال شيخ الاسلام ما ذكره
من الجواب مستقيم على قول ابي يوسف ايضا لان المذهب عند علمائنا
ان النكاح لا يرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة بل يفسد حتى لو
وطيها قبل التفريق لا يجب عليه الحد اشتبه عليه الامر او لم يشتبه
نص عليه محمد في نكاح الاصل والفرقة في النكاح الفاسد لا تقع الا
بتفريق القاضي او الزوج وفي الاسبيجابي الزوجية قايمة بينهما بعد
تلاعنهما قبل التفريق حتى جاز ظهاره وطلاقه وايلاوه ويجري
التوارث بينهما ولو امتنعا من اللعان او امتنع احدهما فالقاضي
يجبرهما على ذلك بعد ثبوت اللعان فان تلاعنا ثم سالا القاضي
ان لا يفرق بينهما لم يجبهما وفي الذخيرة وحكمه حكم الاستمتاع
اذا فرغا من اللعان من غير حكم القاضي حتى ان بعد التلاعن لا يحل
لاحدهما الاستمتاع بالاخر نص عليه محمد ذكره في المنتقى والحرمة
بقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا وفي بابه
الاستمتاع اجتماعهما فيحرم وذكر الصفاقسي عن سعيد بن
المسيب وابن جبير ومحمد بن الحسن انه انما تقع باللعان تحريم

الاستمتاع فاذا اكذب نفسه ارتفع التحريم وعادت زوجة ان ٤٨
كانت في العدة قال والحديث حجة لابي حنيفة رضي الله عنه
ونقله عن محمد بن الحسن غلط وعنده اللعان تطليقة باينة كما
ذكره صاحب الكتاب ولو اكذب نفسه قبل التفريق حلت له
من غير تجديد النكاح لابي يوسف ولمن قال بقوله قوله عليه
السلام في حديث سهل بن سعد قال ومضت السنة بعد في المتلاعنين
ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابدا رواه ابو داود ومثله عن علي
وابن مسعود وابن عباس رواه الدارقطني فقد نص على التابيد
ولابي حنيفة ومن قال بقوله ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد
الرجوع لا حكم لها في حق الراجع ويرتفع اللعان به بدليل انه يحد
ويثبت نسب الولد منه ولا يجتمع الحد واللعان فلزم من اقامة
الحد انتفا اللعان وكذا لا يبقى اللعان مع ثبوت النسب والمتلاعنان
لا يجتمعان ما داما متلاعنين وهو كقوله تعالى ولا تصل على احد
منهم مات ابدا اي ما دام منافقا وكقولهم المصلي لا يتكلم اي ما بقي
مصليا وروى ايضا عن ابن عمر عن النبي عليه السلام انه قال المتلاعنان
اذا تفرقا لا يجتمعان ابدا رواه الدارقطني ولم يبق التلاعن ولا حكمه
بعد اكذاب نفسه فيجتمعان مع ان الشيخ ابا بكر الرازي قال لا
يصح ذلك عن رسول الله قوله ولو كان القذف
بنفي ولد نفى القاضي ولده والحقه بامه فيامر الحاكم الرجل فيقول
اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وتقول
هي اشهد بالله انك من الكاذبين فيما رميتني به من نفي ولدي ولو قذفها

بالزنا وبنفي الولد ذكر الامرين في اللعان ثم ينفي القاضي الولد
ويلحقه بامه وذهب قوم الى انه يلاعن بينهما ولا ينفي نسب الولد
المولود على الفراش بالنفي ولا بما سواه وهو قول ابرهيم وابن معقل
وموسى وتعلقوا بقوله عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر
اخرجاه وللجمهور حديث ابن عمر ان رجلا لاعن امراته فانتفى
ولدها ففرق بينهما والحق الولد بالمراة رواه الجماعة وقوله في الكتاب
لما روي انه عليه السلام نفى ولد امراة هلال بن اميه عن هلال والحقه
بها سهو ولم يكن لامراة هلال ولد عند التعانهما وانما حدث الحمل
وظهر بعد ذلك بيانه في حديث ابن عباس وهو ان هلال بن
اميه الواقفي قذف امراته عند رسول الله صلى الله عليه وسلم
لشريك بن سحماء فقال عليه السلام البينة او حد في ظهرك قال
يا رسول الله اذا راى احدنا على امراته رجلا ينطلق يلتمس البينة
فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول البينة والا حد في ظهرك
فقال هلال والذي بعثك بالحق اني لصادق فلينزل الله ما يبرئ ظهري
من الحد فنزل جبريل وانزل عليه والذين يرمون ازواجهم الى اخر الايه
اللعان فانصرف النبي عليه السلام فارسل اليها فجاء هلال فشهد
والنبي عليه السلام يقول ان الله يعلم ان احدكما كاذب فهل منكما من
تايب ثم قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة وقفوها وقالوا
انها موجبة قال ابن عباس فتلكات ونكصت حتى ظننا
انها ترجع ثم قالت لا افضح قومي ساير اليوم فمضت فقال عليه
السلام ابصروها فان جاءت به اكحل العينين سابغ الاليتين خدلج

الساقين فهو لشريك بن سحماء فجاءت به كذلك فقال عليه السلام ٤٩
لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شان رواه البخاري وابو داود
والترمذي وابن ماجه قال ابو داود وهذا مما تفرد به اهل المدينه
وعن عكرمه عن ابن عباس قال جاء هلال بن اميه وهو احد الثلثه
الذين تاب الله عليهم من ارضه عشا فوجد عند اهله رجلا فراى
بعينيه وسمع باذنيه فلم يهجه حتى اصبح ثم غدا على رسول الله صلى الله
عليه وسلم الحديث ففرق عليه السلام بينهما وقضى ان لا يدعى ولدها
لاب ولا يرمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد وقضى ان
لا بيت لها عليه ولا قوت من اجل انهما يتفرقان من غير طلاق
ولا متوفى عنها وقال ان جاءت به اصيهب اريصح اثيبج حمش
الساقين فهو لهلال وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج
الساقين سابغ الاليتين فقال عليه السلام لولا الايمان لكان
لي ولها شان قال عكرمه فكان بعد ذلك اميرا على مصر
وما يدعى لاب وفي اسناده عباد بن منصور قال المنذري
وقد تكلم فيه غير واحد وكان قدريا داعيه وكان اول رجل لاعن
في الاسلام وفي لفظ وكان اول لعان في الاسلام وهكذا كله دليل
على ان القذف انما وقع بالزنا لا بنفي ولدها وشريك هو ابن عبدة
ابن مغيث حليف الانصار وسحماء امه نسب اليها قال البيهقي
في السنن الكبير وكان شريك ياوي الى منزل هلال ويكون عنده
وفي التفسير كانت زوجة هلال خولة وكان شريك بن بلة والحديث
رواه ابو داود وابن حنبل وفي حديث عويمر بن الحرث وفي سنن

ابي داود عويمر بن اشقر انه عليه السلام قال ان جاءت به احمر قصيرا كانه وحرة فلا اراها الا قد صدقت وكذب عليها وان جاءت به اسود اعين ذا اليتين فلا اراه الا قد صدق عليها فجاءت به على النعت المكروه رواه البخاري ومسلم وفيه دليل التفريق بين كل متلاعنين ومعنى قوله عليه السلام أُرى على ما لم يسم فاعله بمعنى اظن وليس الحاقه بامه لاجل شبهه بالزاني بل باللعان حتى لو كان شبهه بصاحب الفراش يقطع ايضا بعد اللعان ويلحق بامه ونفيه والحاقه بامه يتضمنه التفريق بالقضا لانه المقصود باللعان وفي المغني ومدار نفي الولد في اللعان وهو قول الشافعي واختيار القاضي وعند بعضهم ينتفي نسب الولد بنفس اللعان وفي حديث ابن عمر ففرق رسول الله بينهما والحق الولد بالمراة اخرجه البخاري ومسلم وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وهو يبطل قول من قال ان بنفس اللعان يلتحق الولد بامه وفي الذخيره لا يشرع اللعان في المجبوب والخصي ومن لا يولد له لانه لا يلحق به الولد قلت هذا غريب والمجبوب ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده ولو سلم ما ذكره فعار الزنا ونسبتها اليه يوجب اللعان والوحرة دابة اذا دبت على اللحم افسدته وهي كالوزغة وكان الرجل مصفرا سبط الشعر ليس بجعد قطط والسبوطة في الشعر اكثر ما يكون في شعور العجم وهي مذمومة عند العرب والجعد والقطط محمودان وقوله لم يهجه اي لم يزعجه ولم ينفره والارضح خفيف الاليتين

والثبج ما بين الكاهل ووسط الظهر وحمش الساقين دقيقهما وخدلج الساقين عظيمهما والجمالي تشبه خلقته بخلق الجمل لعظمه وفيه قال ابصروا فان جاءت ادعج العينين والدعج شدة سواد العين مع سعتها وفي اخر ان جاءت به قضي العينين فهو لهلال وهو طويل شعر العينين وهو موضع نبات الاهداب وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق بينهما ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه كما لو كان القذف بعد موت الولد فانه يفرق بينهما ولا ينفي نسب الولد ذكره في الذخيره لانه مستغن عن النسب وفي المبسوط لو مات ولد الملاعنة عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويضرب الحد وان ترك ابنا او بنتا ثبت نسبه من الاب وورثه الاب لاحتياج الباقي الى النسب ولو كان الولد الميت بنتا ولها ولد فاكذب نفسه ثبت عند ابي حنيفه وقيل الجواب بالعكس لا يثبت عنده ويثبت عندهما ابو حنيفه يقول الولد يعير بانتفا نسب امه كابيه فهو محتاج الى ثبوت نسبها ليكون كريم الطرفين وفي جوامع الفقه ولو مات الشاهدان او غابا بعد ما عدلا لا يقضى باللعان وفي المال يقضى بشهادتهما بخلاف ما لو عميا او فسقا او ارتدا حيث يلاعن بينهما والوطي الحرام بشبهة او بالنكاح الفاسد يسقط احصانها خلافا لابي يوسف رجع اليه وقال هو ملحق بالوطي الحلال في ثبوت النسب ووجوب العدة به ولا لعان في النكاح الفاسد ولا في الوطي بشبهة عندنا لان الزوج خص من الجلد

الازواج والزوجات ولا زوجية فيها ولهذا لا ميراث بينهما
وقال الشافعي وابن حنبل يجب اللعان فيها اذا كان ينفي
الولد وعند ابي يوسف يجب فيها الحد واللعان لالحاقها
بالنكاح الصحيح ولو قذفها بالزنا ثم طلقها لما سقط اللعان
ولا يجب الحد وكذا لو تزوجها بعد ذلك لان الساقط لا يعود
ولو قال انت طالق ثلثا يا زانية يجب الحد دون اللعان
لزوال الزوجية عند القذف وهو قول الشافعي وقال
ابن المنذر هكذا اقول ولو قال يا زانية انت طالق ثلثا
فلا حد ولا لعان كما تقدم وهو قول الثوري وزفر ولو قذف
اجنبية ثم تزوجها وقذفها ثانيه يجب الحد بالاول واللعان بالثاني
ويحد للاول ليسقط اللعان لانه في معنى الحد فيدرا به فان طلبت
اللعان اولا يلاعن ثم يحد بخلاف حدود القذف اذا اجتمعت فانه
يكتفى فيها بحد واحد لاتحاد الجنس ولو قذف زوجاته الاربع بكلمة
واحدة يلاعن لكل واحدة منهن وفي الاجنبيات يكفي حد واحد
وكذا لو قذف زوجته مرارا ذكر هذه المسايل هنا في المبسوط
والمحيط وهي تاتي في باب حد القذف ان شا الله تعالى ولو اعترف
بوطي امته لا يلزمه ولدها عندنا الا بالدعوى وبه قال الثوري
وعند الثلثة اذا اعترف بوطيها بعد الاستبرا ويلزمه ولدها وياتي
في باب الاستيلاد ان شا الله وفي احد قولي الشافعي ينفي باللعان
وهو بعيد واتفقوا على انه لا لعان في القذف بغير ولد وفي النكاح
الفاسد اذا تلاعنا ينفي الولد لا تثبت التحريم المويد في احد الوجهين

عند الحنابلة وتركوا قوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا
وكذا لو لاعن اجنبية يظنها زوجته فانها لا تحرم ولو ابان زوجته
ثم قذفها بالزنا واضافه الى حال قيام النكاح وبينهما ولد يريد
نفيه يلاعن في الاحد ولا لعان وبه قال مالك والشافعي وعندنا
يحد ولا لعان وهو قول عطا وعند ابن عباس ويروى عن الحسن
والبتي لا يلاعن لاضافته الى وقت قيام الزوجية وعند الشافعي
وابن حنبل لا يلاعن الا لنفي الولد ولا تثبت الحرمة المويدة في احد
الوجهين ذكر ذلك كله في المغني ولو قذف مطلقته الرجعية
يلاعن وبه قال ابن عمر وجابر بن زيد والنخعي والزهري وقتاده
ومالك والشافعي وابن حنبل واسحق وابو عبيد والظاهرية لانها
زوجة وقال ابن عباس يحد ولا يلاعن وان قذف زوجته
ثم ابانها فلا حد ولا لعان عندنا وقد تقدم وهو قول حماد بن ابي سليمان
وعند ابن عباس يلاعن وبه قال الحسن والقسم ومكحول ومالك
والشافعي وابن حنبل وابن المنذر وقال الحرث العكلي وجابر
ابن زيد وقتاده والحكم يجلد وفي جوامع الفقه لو اضافه الى
زمان ماض فهو قذف في الحال فان قال قذفتك قبل ان
اتزوجك او قال زنيت قبل ان اتزوجك فهو قذف في الحال
وهو قول الحسن وزرارة بن ابي اوفى وقال مالك والشافعي يحد
وهو مروي عن ابن المسيب والشعبي قال كل من نحفظ عنه
ان الرجل اذا قذف امراة ثم تزوجها انه يحد ولا يلاعن وفي خزانة
الاكمل لو قال زنيت قبل ان اتزوجك فعليه اللعان ولو قال

قذفتك قبل ان اتزوجك يحد قال ابن المنذر ولا فرق والفرق
ان قوله زنيت قذف في الحال سواء كان زناها من قريب او بعيد
وقوله قذفتك بالزنا قبل ان اتزوجك ليس قذفا في الحال وانما
هو اخبار بالقذف قبل التزوج فاذا كان القذف قبل التزوج
لم يكن قذفا في الحال كما لو قامت به بينة لكن حظهم من العلم
التعلق بالظواهر دون الغوص في المعاني ولو سلم عدم الفرق
فليس فيه كبير امر وهو محمول على روايتين فيهما كما نقول الشافعية
بالنقل والتخريج ولو قال ان تزوجتك فانت زانيه فلا حد
ولا لعان فيه عندنا وبه قال الشافعي وابو ثور وكذا لو وطيت
وطئا حراما فقذفها فلا حد ولا لعان وبه قال الثوري
والشافعي وابو ثور وابو عبيد وابن المنذر ولو قذفها ثم زنت
او وطيت حراما لا حد ولا لعان عندنا وكذا عند الشافعي وقد
كان يقول اذ هو بالعراق يلاعن ويحد وهو قول ابي ثور واختاره
ابن المنذر ولو فرق القاضي بعد التعانهما ثلثا اخطا نفذ تفريقه
عندنا وعند زفر وبقية الايمة لا ينفذ ولا ينفذ بالمرتين اجماعا لان
الاكثر باق ولو فرق بعد التعانه وحده ينفذ لانه مجتهد فيه ولو
بدا بلعان المراة فقد اخطا السنة ولا يجب اعادته وبه قال مالك
وقال الشافعي واشهب وابن حنبل يجب اعادته ولو قال لها
يا زانيه فقالت لا بل انت يحد هي اولا ويسقط اللعان لان قذفها
اياه يوجب الحد ويسقط اللعان بردتها وان اسلمت بعدها لا يعود
وفي المرغيناني لو قذف امراته ثم ابانها حتى سقط اللعان ثم اكذب

نفسه بعد ذلك لم يحد بخلاف ما لو اكذب نفسه بعد ما لاعنها
وفي الذخيره لو قذفها بنفي ولدها فلم يتلاعنا حتى قذفها اجنبي
بالولد يحد الاجنبي بالولد فحد الاجنبي يثبت نسب الولد ولا ينتفي
بعد ذلك لانه لما حد قاذفها حكم بكذبه قوله
فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب
الحد يقال اكذبه اذا نسبه الى الكذب مثل اكفره اذا نسبه
الى الكفر وحل له ان يتزوجها عند ابي حنيفه ومحمد على ما تقدم وهو
قول سعيد بن المسيب وابن جبير والحسن والشعبي والنخعي
لانه لما حد لم يبق اهلا للشهادة لقول الانصار الان يضرب
رسول الله صلى الله عليه وسلم هلال بن اميه ويبطل شهادته
في المسلمين ذكره محمد بن عبد الواحد في احكامه فلم يبق اهلا للعان
فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك ان قذف غيرها فحد به
لما قلنا وكذا اذا زنت فحدت لانتفاء اهليه اللعان من جانبها
وهو محمول على انها زنت فحدت قبل الدخول بها ماية جلدة لانها
بعد الدخول حدها الرجم او دخل بها وهما او احدهما على غير صفه
الاحصان بان دخل بها وهي امه او ذمية ثم اسلمت او اعتقت
الامه بعد الدخول قبل اللعان وبذلك يعرف معنى قوله وهما على
صفة الاحصان وزناها مرة في العمر يسقط احصانها وذكر الحد
وقع اتفاقا او ليشتهر زناها كما لو كان معها ولد لا يعرف له اب
وقيل فحدت اي زنت زنا موجبا للحد وقيل زنت اي قذفت
فحدت وفي الوجيز زنت او قذفت فحدت ولم يشترط الحد

حد القذف صح

في زناها واذا قذف امراته وهي صغيره او مجنونه فلا لعان بينهما
لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا واللعان حلف عن حد القذف
فلا يلاعن الزوج ولان فعلها ليس بزنا لعدم الخطاب في حقها
وبه قال الشافعي وفي المدونه يلاعن بقذف التي لم تبلغ المحيض
ولا تلاعن هي لانها لا تحد بنكولها وفي الاشراف ان كانت يجامع
مثلها يحد وفي المغني ان قذفها وهي بنت تسع سنين فعليه الحد
ونطالبه اذا بلغت وله اسقاطه باللعان وبدون التسع يعزر
وفي المحلى اذا قذف الصغيره او المجنونه فلا لعان ويحد قال
ابن حزم لان الزنا لا يكون منهما اصلا لانه معصيه لشرع واسقاطه
عن القاذف حين تيقن كذبه خطا والحد بنص القران واجب على
كل من رمى بالزنا قلت كلامه يشبه كلام الممرورين
فانه يقول لا يكون منهما زنا اصلا لما ذكره ثم يقول يجب عليه الحد
لرميها بالزنا وهو تناقض لانه اذا لم يكن فعلها زنا اصلا كيف
يكون ذكر فعلها زنا حتى يوجب عليه حد القذف بالزنا هذا هوس
ولو قال لها زنيت وانت صبيه او مجنونه وجنونها معهود
فلا حد ولا لعان ولا يجعل قذفا في الحال لان فعلها لا يوصف بالزنا
بخلاف قوله زنيت وانت ذميه او مملوكه او منذ اربعين سنه
وعمرها عشرون سنه حيث يقتصر ذكره في الجامع وكذا لو كان الزوج
صغيرا او مجنونا لعدم اهليه الشهاده وقذف الاخرس لا يتعلق به
اللعان ولو خرسا بعد اللعان قبل التفريق او احدهما او ارتدا
وكذب نفسه او قذف فحدا او وطيت وطيا حراما فلا حد ولا تفريق

وهو قول ابن حنبل حكاه ابن المنذر عنه وعن ابي عبيد واسحق
ابن راهويه وهو قول الشعبي والاوزاعي قال ابن قدامه
ولذلك ينبغي لان اللعان يفتقر الى الشهاده فلم يصح من الاخرس
كالشهاده في الاموال ولان اللعان يدرا بالشبهه والاشاره
ليست صريحه كالنطق ولا تخلو عن تردد واحتمال فلا يجب به الحد
كما لا يجب على اجنبي بشهادته وعند مالك والشافعي والظاهريه
وابي الخطاب من الحنابله يصح قذفه ويلاعن بالاشاره واعتبر
مالك والشافعي اللعان والحد ونفي النسب بوقوع طلاقه وصحه
بيعه وساير تصرفاته التي تثبت بالشبهه واستحسن ابن قدامه
القول الاول وفرق بان الحد لا يجب بدليل فيه شبهه كالشهاده
على الشهاده لا تقبل في الحدود وتقبل في ساير الحقوق والنسب
يثبت بالشبهه ولا ينتفي بالشبهه ولهذا لا تقبل شهادته ولفظه
الشهاده في اللعان شرط وكذا عند الشافعي على الصحيح فلا
ياتي من الاخرس وتعلقوا بان امامه بنت ابي العاص اصمتت
فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا فاشارت اي نعم فراوا انها
وصيه ولا حجه فيه فانه لم يذكر الراوي ولم يعلم قول من كان
قوله حجه ولا يلزم من تجويز الوصيه لمن اعتقل لسانه بالاشاره
جواز حدها واعترض ابن القصار على قولنا انه يشترط
فيه القذف بصريح الزنا بالقذف بما عدا العربيه فانه لم يوجد
القذف بصريح الزنا مع هذا يجري اللعان بكل لسان وهو غلط فان
صريح الزنا يوجد بكل لسان وتشبثوا بما لا يعول عليه وهو ان

رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر وهو جنب فاشار اليهم ان
اثبتوا مكانكم وكذا اشار الى ابى بكر فى الصلاه قلنا هذا جهل
عظيم منهم فالنبى صلى الله عليه وسلم اشار مع القدره على
النطق فليجوز والقاذف القادر على النطق بالاشاره وبقوله عليه
السلام بعثت والساعه كهاتين وقياسهم على مثل هذا جهل
منهم او عدم تامل لان ذلك تذكير وموعظه ولا يترتب عليه
حكم قوله واذا قال الزوج ليس حملك منى فلا
لعان بينهما عند ابى حنيفه وزفر الا ان ينفيه ثانيا بعد الولاده
او يقول زنيت وهذا الحمل من الزنا وحكاه ابن عبد البر عن
ابن الماجشون وهو الصحيح من مذهب احمد وهو قول الحسن
البصرى والثورى وفى الاشراف روى ذلك عن الشعبى وعمر بن
عبد العزيز وبه قال ابن ابى ليلى وابو ثور وقال ابو يوسف
ومحمد وملك وعبد العزيز واشهب لا يلاعن حتى تلد لاقل من سته
اشهر وهو قول ابى حنيفه الاول وذكر الطحاوى عن ابى يوسف انه
يلاعن قبل الولاده وعن ملك واصحابه فيه ثلثه اقوال ذكرها
فى الاكمال يلاعن اذا ادعى رويه الزنا واستبرا معا ويلاعن فى
الحمل من غير استبرا ولا يلاعن ان لم يدعه الا ان تلد لاقل من سته
اشهر وعند الشافعى وداود يلاعن فى الحال وعن الشافعى قول اخر
انه لا يلاعنها الا ان يقذفها ذكره فى الاشراف وذكر عن ابى حنيفه
انه لو نفى حمل امراته وقال هو من الزنا فلا لعان ولا حد وفى خزانه
الاكمل لو نفى ولدها وقال انه من الزنا فلا لعان ولا حد عند ابى حنيفه

وفى المحلى الحامل ينفى ولدها عنه باللعان وبعد وضعه لا ينفى باللعان
وهذا تحكم على دين الله وخلف وكيف يكون الولد للفراش بعد الوضع
ولا يكون قبله وهو ظاهريه محضه مثل قولهم البول فى الما ينجسه
وان بال رطلا فى اناء ثم سكبه فى الما لا ينجسه وفى حديث ابن عمر انه
عليه السلام لاعن بين رجل وامراته والحق الولد بالمراه رواه
الجماعه وقد تقدم وفى التنبيه ان قذفها وانتفى عن حملها فله ان
يلاعن وله ان يوخر الى ان تضع احتجوا بجواز اللعان بنفى الحمل بحديث
ابن عباس ان هلال بن اميه قذف امراته عند النبى عليه السلام بشريك
ابن سحما وفيه فقال عليه السلام ابصروها فان جات به اكحل العينين
الحديث وقد ذكرناه فدل على ان التعانهما انما كان بنفى الحمل قال
ابو عبيد انكار الحمل من اشد القذف واللعان له لازم كان حملا ام لا
وابو يوسف ومحمد يقولان اذا جات به لاقل من سته اشهر من وقت
القذف تيقنا بقيام الحمل عند القذف فيتحقق القذف وابو حنيفه
يقول اذا لم يكن قذفا فى الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كانه قال
ان كان بك حمل فليس منى والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وان
قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا للقذف بصريح الزنا
ولم ينف القاضى عندنا وقال الشافعى ينفيه لانه عليه السلام نفى
الولد عن هلال وقد قذفها حاملا لانه عليه السلام قال ان جات
به اصيهب اريصح اثيبج حمش الساقين فهو لهلال ولنا ان
الاحكام لا تترتب عليه الا بعد وضعه لتمكن الاحتمال قبله قال
ابو الحسن ابن بطال فى شرح البخارى عن عبد الله بن ابى صفره

الصحيح ان القاذف لزوجته عويمر بن الحارث العجلاني وهلال بن امية خطا ومثله عن محمد بن جرير الطبري قال ابو عبد الله اظن الغلط من هشام بن حسان والقصة واحدة ولو كانت قصتين لم يتوقف رسول الله صلى الله عليه وسلم في الثانية وقد ثبت انه توقف حتى نزلت الا ان يكونا معا رتين وذكر ابو الفرج بن الجوزي ان احمد انكر لعان هلال بالحمل وقال انما اخطا وكيع فقال لاعن بالحمل وانما لاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما جا فشهد بالزنا ولم يلاعن بالحمل ولو كان اللعان بالحمل مسعا من الزوج غير لاحق به اسببه او اشبه المرمي به الا ترى انها لو وضعته ثم نفى ولدها وكان اشبه الناس به انه يلاعن بينهما ويفرق ويلزم الولد امه ولا يلحق به لشبهه به فدل على ان اللعان لم يكن بنفي الولد حال كونه حملا وعن ابي هريرة رضي الله عنه قال جا رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من بني فزار فقال ان امراتي جات بولد اسود فقال عليه السلام هل لك من ابل قال نعم قال ما الوانها قال حمر قال هل فيها من اورق قال ان فيها لورقا قال فاني تراه قال عسى ان يكون عرق نزعه قال وهذا عسى ان يكون نزعه عرق اخرجه البخاري ومسلم وابو داود والترمذي والنساي وابن ماجه وهذا الرجل هو ضمضم بن قتاده وقيل ان للمراه جدة سودا قال المنذري واسناده غريب جدا وقوله نزعه عرق اي جذبه الى الشبه بمن خرج شبها له والعرق هنا الاصل من النسب والاورق من الابل

الذي في لونه بياض الى سواد فلما لم يرخص عليه السلام في نفيه لعدم شبهه به وكان الشبه غير دليل ثبت ان حمل النبي عليه السلام ولد الملاعنة من زوجها ان جات به على شبهه دليل على ان اللعان لم يكن بنفي الحمل وقوله ان جات به على نعت كيت وكيت فهو لشريك بن سحما ولا يكون الولد للزاني لما ثبت من قوله وللعاهر الحجر وهو من رواية عباد بن منصور عن عكرمة وهو ضعيف واه كما ذكرناه فيما تقدم قال الشيخ ابو بكر الرازي وفيه اشيا ليست من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم بل هي مدرجة ولم يرخص عليه السلام للاعرابي في نفيه عنه لعدم الشبه به ولا يجوز نفي النسب بالشبهة والشبه قال والصحيح ان هلال بن امية قذفها بالزنا لا بنفي الولد كما تقدم عن ابن حنبل ومحمد بن جرير وابن ابي صفرة وفي شرح الكردري اجمع اصحابنا على ان النسب لا ينفى وهو حمل للشك في وجوده وفي البدايع لا ينقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين الاصحاب اما عند ابي حنيفة فظاهر واما عندهما فلان الاحكام انما تثبت للولد لا للحمل وانما يثبت له اسم الولد بالانفصال ولهذا يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال بخلاف الرد بعيب الحبل لان الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة والشبهة تمنع اللعان لانه من قبيل الحدود والنسب يثبت بالشبهة كما في الوطي بالشبهة فلا يقاس على العيب وقول ابي عبيد انكار الحمل من اشد القذف ليس بشي فضلا ان يكون اشد لانه يحتمل ان يكون من غيره بالوطي بالشبهة وبالنكاح

الفاسد وبالوطى مكرهةً او مجنونه ثم يزول جنونها وكلامه تحامل
او مجازفه ولو تصادقا ان الولد ليس بابن لصاحب الفراش لا
يصدقان على قطع نسبه الا باللعان وبه قال الشافعي واكثر
الرواه عن مالك ذكره في المدونه وحكى قولنا ابو بكر الرازي
وذكر عنه ان بعد تصديقها على انها زنت ينقطع اللعان عندنا
وعند الشافعي يلاعن لرفع الفراش قلنا رفع الفراش بين وينفى
النسب بدون اللعان يرده القران وعنه ينفى بلا لعان
وبجحد الزوجه وهو قول الليث وهذا غلط لانه ليس باقرار
منها بالزنا لاحتمال غيره وفي المدونه لو اقرت بالزنا ثم رجعت
لها ذلك وقيل بعد اللعان تحد لان الفاظ اللعان اربعه كاربعه
شهدا فتارة يجعلونها ايمانا وتارة شهادة فقد تناقض كلامهم
في ذلك وفي المدونه ايضا لا تحد الكافره ان نكلت او اقرت بعد
لعان الزوج وقد تقدم قـــوله واذا نفى الزوج
ولد امراته عقيب الولاده او في الحال التي تقبل التهنيه وتبتاع اله
الة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن وثبت
النسب منه وقال ابو يوسف ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس
وفي جوامع الفقه لو نفاه بعد الولاده بسنه وجب اللعان
ولا ينقطع نسبه الا ان يكون بعدها بيوم او يومين وذكر
ابو الليث عن ابي حنيفه الى ثلثه ايام وقيل تسعه ايام رواه
رواه الحسن عن ابي حنيفه وضعفه السرخسي وقال نصب المقدار
بالراي لا يكون وعندهما في مدة النفاس ولو قبل التهنيه او سكت

او اشترى ما يحتاج الصبي اليه لا ينقطع ويستحب النفي اذا علم انه
ليس منه وفي المبسوط لا يحل له ان سكت بعد الولاده عن نفيه
وتقبل ويبتاع على ما لم يسم فاعله عرف ذلك بشان المبسوط
ذكره في المنافع قلت لانه لو كان يبتاع الة الولاده يثبت
نسبه ولا يصح نفيه بعد ذلك وقال مجاهد وشريح يجوز
للزوج ان ينفي ولده متى شا وعند الشافعي متى امكن نفيه بالمرافعه
الى الحاكم فلم ينفه لزمه نسبه وبه يقول ابو عبيد وابو ثور
وابن المنذر وفي المبسوط مدة النفاس وهي اربعون يوما
كحالة الولاده بدليل انها لا تصوم ولا تصلي وفي الاسبيجابي
اقصى مدة النفاس وابو حنيفه يقول لا بد له من مدة التامل
والنظر كيلا يكون نفيه بغير حق وهو حرام بالحديث وقبول
التهنيه او سكوته عند التهنيه او ابتياعه الة الولاده او مضي
ذلك الزمان من غير نفي دليل التزامه وان قدم بعد مضي مدة النفاس
فعند ابي يوسف له ان ينفيه الى سنتين اعتبارا بمدة الرضاع
لانها من احكام الطفل والولادة ايضا عند فوات مدة النفاس
وعند محمد الى اربعين يوما اعتبارا بمدة النفاس وفي الاسبيجابي
لو كان الزوج غايبا فيكون الخبر كحضور الولاده فهو على الاختلاف
ولو بلغه الخبر بعد حولين فنفاه قد ذكر في غير رواية الاصول
انه لا ينقطع ويلاعن روي عن ابي يوسف وعن محمد انه ينفيه الى
اربعين يوما كما اذا بلغه في الحولين وفي المحيط لو قدم بعد الولاده
فالمعتبر مقدار مدة النفاس كحالة الولاده وروي عن ابي يوسف

انه ان قدم قبل الفصال فهو مقدر بمدة النفاس وان قدم بعدها فليس
له نفيه لانقطاع اثر الولاده وفي المبسوط ان قدم قبل مدة الفصال
فله ان ينفيه الى اربعين يوما وبعدها لا ينفيه لانه ينفق عليه
بنفقته في ماله الذي خلفه ولو جاز له ان ينفيه بعدها لجاز له ذلك
بعد ما صار شيخا وهذا قبيح وفي الينابيع عندهما له نفيه الى
اربعين يوما وهو مدة النفاس وان كان غائبا فقدم فله ان ينفيه
الى اربعين يوما عن ابي يوسف بعد قدومه ذكره ابو جعفر
الطحاوي اذا قدم قبل الحول وبعد الحولين لا ينفيه ابدا وذكر
الفقيه عنه ان ينفيه بعد القدوم الى سنتين وقال محمد رحمه الله
له نفيه الى اربعين يوما من حين قدومه فان بلغه الخبر في مدة
النفاس فله نفيه الى تمام الاربعين عند ابي حنيفه ومحمد وذكر
في غير روايه الاصول عن ابي يوسف اذا بلغه الخبر بعد تمام
الحولين لا ينفيه ويلاعن وقال محمد لو نفاه بعد الحولين الى
اربعين يوما حين بلغه الخبر يلاعن بينهما ويقطع نسبه منه
قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد وهما التوأمان
يكون بينهما اقل من ستة اشهر وقد تقدم في باب الرجعة
الطلق التوأم على كل واحد وكل واحد لا يستحق من الاسم وحده
وجمعه توائم وهو اسم جمع وليس بجمع حقيقة كرخال فنفى الاول
واعترف بالثاني ثبت نسبهما لانهما خلقا من ماء واحد وحد
الزوج حد القذف لانه اكذب نفسه باعترافه بالثاني فانه
اعتراف بالاول بعد النفي ايضا لانهما لا ينفصلان في ثبوت النسب

وان اعترف بالاول ونفى الثاني ثبت منه ولاعن لانه قاذف لها بنفي
الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار
كانه قال عفيفة ثم قال هي زانية وفيه التلاعن ولانه لو
قال هي زانية ولم يعترف بعفتها يلاعن فاذا اقر بها ثم قذفها
كان ذلك اولى ومثله في المبسوط وفي المحيط اتت بتوأم فاقر
بالاول ونفى الثاني يلزمه الولدان ويلاعن لانه قذف امراته
بالزنا حين نفى الثاني وهذا اذا نفى الولد وقذفها بالزنا بان
قال زنيت وهذا الولد من الزنا فاما اذا نفى ولم يقذفها بالزنا
فلا لعان وان نفى الاول واقر بالثاني ثبت نسبهما وحد الحد
لانه قذفها بالزنا بنفي الاول واكذب نفسه بالاقرار بالثاني والملاعن
اذا اكذب نفسه يحد فان نفاهما ثم مات احدهما او قتل لزماه لانه
لا يمكن نفي نسب احدهما الذي هو الميت لانه منتهي بالموت واستغنى
عنه ولا حكم يترتب عليه بعد الموت والباقي لا يفارقه واما اللعان
بسبب الحي فقد ذكر في الاصل انه يلاعن وذكر الكرخي في مختصره خلافا
فقال عند ابي يوسف لا يجب اللعان وعند محمد يجب لانه قذف امراته
بالزنا لما ذكرنا واللعان ينفصل عن نفي الولد كما لو لم يكن هناك
ولد ولابي يوسف ان القذف انعقد موجبا لعانا يقطع النسب
فلا يلاعن على خلاف ما وجب ولو ولدت احدهما ميتا فنفاهما
لاعن بالاتفاق ولزمه الولدان وان ولدت ولدا فنفاه ولاعن
به ثم ولدت اخر بيوم لزماه لان القاطع للثاني لم يوجد وهو اللعان
ولا يجوز نفيه الان لان المراة ليست بمنكوحة للحال فثبت نسبه

ومن ضرورته ثبوت نسب الاول ولو قال هما ولداي لا حد عليه لانه
صادق اذ هما ولداه حقيقة ولو قال ليسا ابني فهما ابناه ولا
يحد لان الحاكم نفى احد ولديه وبنفيه نفيهما من وجه فلم يكونا ولديه
من وجه وان قال كذبت في اللعان وفيما قذفتها به يحد لانه
صرح بتكذيب نفسه فارتفع اللعان ووجب الحد وفي النوادر
ذكر الحسن عن ابي حنيفة ان امراة جاءت بثلثة اولاد في بطن واحد
فنفى الثاني واقر بالاول والثالث يلاعن وهم بنوه وان نفى
الاول والثالث واقر بالثاني يحد وهم بنوه وكذا في ولد واحد
اذا اقر به ونفاه ثم اقر يلاعن ويلزمه وان نفاه ثم اقر به
فانه يحد ويلزمه لان الاقرار بثبوت نسب بعض الحمل يكون
اقرارا بالكل كمن قال يده مني او رجله كان اقرارا بثبوت
نسب بعض المولود منه وانما وجب اللعان في الصورة الاولى
لصحة النفي لانه باقراره للاول انتفى عليها وبالثاني قذفها فكان
قاذفا محصنة فلزمه اللعان كما لو قال لم تزن ثم قال لها زنيت
فاما اذا نفى الاول واقر بالثاني فبالنفي الاول صار قاذفا لها وبالاقرار
الثاني صار راجعا مكذبا لنفسه فلزمه الحد وكذا في الواحد وفي
المغني التوامان يكون بينهما اقل من ستة اشهر ومثله في المدونة
عن مالك واذا ولدت فسكت لم يكن له نفيه بعد ذلك وهو قول
الشافعي قال ابن قدامة وما ذكره ابو حنيفة يبطل بخيار
الرد بالعيب يعني انه يبطل بالسكوت ونقله عنه غلط وانما
ذلك مذهب القائل ويبطل مذهبه بالحمل فانه لا يثبت بالسكوت

وزعموا ان الفرق بينهما ان ضرر الحمل لا يتحقق في الحال وليس بصحيح
فانه يجب به النفقة والسكنى والكسوة وقالوا ان الحمل يترتب
عليه احكام الموجود حتى صححوا نفيه وقطعوا النسب باللعان
واستدلوا عليه بالرد بالعيب فان هنئ به فامن على دعايه
لزمه وكذا ان قال احسن الله جزاك او بارك الله لك او
رزقك الله مثله لزمه الولد وكذا عندنا وقال الشافعي
لا يلزمه وفي كل موضع لزمه الولد لا يكون له نفيه بعد ذلك
عند الائمة الاربعة واصحابهم وقال الحسن البصري له
ان يلاعن لنفيه ما دامت امه عنده وان قال ليس هذا الولد
مني او ليس ولدي ولم يذكر زناها فلا لعان ولا حد وكذا لو قال
اكرهت على الزنا لا حد ولا لعان في هذه المواضع وكذا لو وطيت
بشبهة او نفى نسب ولد امته فانه لا يشرع فيها اللعان لانا
نبطل قولهم في النكاح الفاسد يشرع اللعان لضرورة نفي النسب
وفي المحيط لو نفى ولد زوجته وهما في اللعان لا ينتفي وكذا لو كان
العلوق في حال لا يجب اللعان بينهما بان كانت كتابية او امة ثم
اعتقت او اسلمت فانه لا يلاعن ولا ينفي نسبه وفي الارشاد
يشترط في نفي الولد ان تكون المراة من اهل الشهادة من حين
العلوق الى حين الوضع حتى لو كانت امة او كتابية حين العلوق
ثم اعتقت او اسلمت ثم وضعت لا يصح نفيه وفي المحيط ان قال
هذا الولد ليس مني ولم ينسبها الى الزنا لم يلاعن لجواز ان يكون
الولد من غيره بوطء بشبهة او تزوج نفسها من غيره وفي مختصر

الكرخي يلاعن كما لو نفاه عنه اجنبي فانه يحد لان الاصل الولد من نكاح
صحيح والفاسد ملحق به وقد تقدم ولو ولدت بعد اللعان
الى سنتين لزمه الولد وان لم يكن عليها عدة يلزمه ما بينه
وبين ستة اشهر لانه مطلق حكما ولو لاعنها بولد ثم ولدت
الى سنتين لزمه لانها معتدة وتقبل شهادته عليها بالزنا
مع ثلثة وفيه خلاف الائمة الثلثة ثم ذكرت وان قذفها
ثم شهد مع ثلثة بالزنا لا تقبل لانه تسقط عنه اللعان
الواجب عليه وان شهد مع ثلثة غير عدول فلا حد ولا لعان
ولا على الشهود ولو قذف رجل امراة بالزنا فقال الزوج
صدقت لم يكن على الزوج المصدق حد ولا لعان لانه ليس
بصريح في القذف لانه يحتمل التصديق في كونها زوجته الا ان
يقول صدقت هي كما قلت فيكون قاذفا فرع لو عين
الذي رماها به وطلب الرجل حد القذف يحد له عندنا وبه
قال مالك وقال الشافعي لا يحد لان في حديث هلال بن امية
بعين الزاني ولم يحد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان فيه
ضرورة ولنا نص الكتاب ولا حجة له في حديث هلال لان
شريك بن سحما لم يكن حاضرا ولا طلبه بحقه والطلب شرط بالاتفاق
وقوله فيه ضرورة لا وجه له اذ لا حاجة في ذلك الى تعيينه لحصول
مقصوده بذكر الزنا مواخذه وفي الحاوي قال الشافعي
رمى العجلاني امراته بابن عمها او ابن عمه شريك بن سحما هكذا
نقله المزني عن الشافعي وهو غلط والقاذف امراته بشريك

ابن سحما انما هو هلال بن امية وقولهم موجب القذف
وجوب الحد وانما تسقط الحد عنه بالتعانه باطل بقذف الامة
والذمية فانه يلاعنهما عند الشافعي ولا حد لو كانتا اجنبيتين
ولو قال ما هذا الحمل مني ولم اصبك وانت لست بزانية فلا
حد ولا لعان وهو يبطل قولهم انه محتاج الى اللعان لنفي الحمل
ولو قذفها في الدبر يحد ويلاعن عندنا وفي الروضة لو
زنت قبل تفريق القاضي بعد التلاعن سقط اللعان عند ابي حنيفة
وحل له وطيها واختلفوا في قوله عليه السلام والله يعلم ان
احدكما كاذب فهل منكما من تائب هل كان ذلك بعد تلاعنهما وهو
الظاهر او قبله وهو قول الداودي قاله تحذيرا لهما وزعم بعضهم
ان شريك بن سحما كان يهوديا قال الخطابي هذا خطا بل هو
شريك بن عبدة بن مغيث بلوي حليف الانصار اخو البراء بن مالك
لامه وقصة عويمر بن الحرث العجلاني كانت في شعبان سنة تسع
من الهجرة عند منصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم من تبوك
الى المدينة وفي حديثه دليل على ان من وجد مع امراته رجلا
فقتله يقتل به فانه عليه السلام لم ينكر عليه قوله فتقتلونه
قال الطبري وهكذا حكم علي رضي الله عنه وعن عمر وعثمان
رضي الله عنهما انهما اهدرا دمه وهو محمول على اقامة البينة
بصحة ما ادعاه ويحكى ان الحجاج بن يوسف الثقفي كان نازلا
بقرب بحر واسط قبل عمارتها بجيشه فراى نصرانيا راكبا حمارا
فراث حماره فنزل النصراني فجمع روثه واخذ موضع بوله فرماه

في البحر فقال الحجاج ايتوني به فجيء به فقال له ما حملك على ما
فعلت فقال النصراني عندنا هذا المكان يبنى فيه بيت من بيوت
الله يعبد الله فيه فبنى الحجاج جامعه فيه وبنى واسطا وقال
اعلم اني لا اسكنه ولا احد من ولدي وكان انسان هناك
قريب عهد بدخوله على اهله فقالت له هنا انسان شامي من
جند الحجاج ياتي كل وقت الى الباب ويطلب ما لا يكون وانا في
شدة منه فقال لها زوجها اذا جاء اشيري عليه بالدخول
فجاء على عادته فاشارت بالدخول فكمن له زوجها فقتله فلما
اصبح قال لها زوجها اذا طلبك الحجاج اصدقي له فانه
يحب الصدق فلما كان بعد ذلك ظهر القتيل في بيتها وطلبها
الحجاج فصدقت في قضيته قال هذا قتيل الله دمه هدر
فاطلق المراة وفعل الحجاج لا يحتاج الى تكلف تاويل بخلاف
قول عمر وعثمان رضي الله عنهما مسلة اذا اقام الزوج
البينة على صدقه في قذفها سقط عنه اللعان وحدت وهو
قول داود الظاهري واصحابه وقال عياض في الاكمال
يلاعن عند مالك والشافعي وقيل عند الشافعي ان لم
يكن معها ولد فلا لعان وكذا مع الولد في الاصح لنا نص القران
في قوله تعالى ولم يكن لهم شهداء وكذا الحديث وفي الاشراف
اختلفوا في الرجل يطلق امراته ثلاثا ثم تظهر بها حمل ينتفي منه
قال عطاء والنخعي يجلد ويلزق به الولد وهو قول اصحابنا وقال
الحسن يلاعنها في العدة وهو قول ابن عباس وعند ابن حنبل يلاعنها بالحمل

وان قذفها بالزنا من غير حمل لا يلاعن وعندنا لا لعان في البائن لا في
العدة ولا في غيرها ويحد وهو قول ابن عمر وبه قال جابر بن زيد
والنخعي والزهري وقتادة والشافعي واحمد واسحق وابو عبيد
وحكى هذا القول عن مالك والثوري واهل الحجاز واهل العراق
واختاره ابن المنذر واجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم ان
القذف قبل الدخول يوجب اللعان واختلفوا بعد اللعان
ماذا يجب لها من الصداق فعندنا يجب لها نصف الصداق
وهو قول الحسن وسعيد بن جبير وقتادة ومالك واختاره ابن
المنذر وقال ابو الزناد والحكم وحماد بن ابي سليمان شيخ
ابي حنيفة يجب لها الصداق الكامل وقال الزهري لا صداق
لها لنا ان التفريق بينهما طلاق قبل الدخول على ما تقدم
وموجبه نصف الصداق ولو قال زنيت مكرهة او زنا
بك صبي فلا حد ولا لعان عندنا وبه قال الشافعي وابن حنبل
وقال ابو ثور في الاول يحد ويلاعن لانه يقال للمكرهة
زنا بك وفي المبسوط لو انكر القذف فاقامت بينة يلاعن
كالاقرار وقال ابن ابي ليلى يلاعن كما قلنا ويحد قال لان انكاره
بمنزلة اكذاب نفسه فيقام عليه الحد فائدة في حديث
العجلاني خرجت حاملا فكان الولد يدعى الى امه ومعلوم ان
الام لا ينتفي عنها ولدها واختلف فيه وفي قوله فالحق الولد
بامه قيل معناه قطع عنه نسب ابيه وابقى عليه امه وقيل
جعلت ابا واما حتى كان ميراثه كله لامه لقيامها مقامهما وقيل

لها الملك لا غير والباقي لمن يستحقه بالفريضة او التعصيب وقيل ميراثه لبيت المال وضبط القابسي العجلاني بكسر العين المهملة والمشهور فتحها وفي الاشراف لو قال لزوجته لم اجدك بكرا لا حد عليه ولا لعان عند الجمهور وهو قول الايمة الاربعة واصحابهم وقال سعيد بن المسيب يجلد قال ابو بكر بن المنذر الاول اصح

باب العنين وغيره

قال الجوهري تقول عن لي كذا يعن بضم العين وكسرها في المضارع اى عرض واعترض ورجل عنين بين العنينة وامراه عنينة لا تشتهي الرجال وهو فعيل بمعنى مفعول وعنّ عن امراته اذا حكم القاضي عليه بذلك او منع عن النسا بالسحر والاسم منه العنة وفي المغرب العنة على زعمهم من العنين وهو الذي لا يقدر على الجماع من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل او من عن اذا عرض يمينا وشمالا ولا يقصد وفي البصاير لابي حيان التوحيدي قل فلان عنين بين التعنين ولا تقل بين العنة كما تقوله الفقها فانه كلام مرذول وفي المغني العنين العاجز عن الايلاج ماخوذ من عن اي اعترض لان ذكره يعترض والعنن الاعتراض وقيل يعن لقبل المراة من عن يمينه وشماله فلا يقصده وفي الجواهر العنين الذي لا يتاتى منه الجماع للطافته وامتناع ايلاجه لصغره ومنه ما يكون كالزر قلت فهذا ليس بعنين انما هو ملحق به في اثبات الخيار كالجب ولا فايدة في تاجيل مثله ويؤيد ما ذكرته قول قاضي خان العنين هو الذي لا يصل الى النسا مع قيام الالة

لانه يعز

لع

ومثل الذي ليس له آلة الجماع وذلك لضعف طبيعته او كبر سنه او سحر قام به وفي شرح قاضي اسبيجاب لمختصر الحافظ ابي جعفر الطحاوي العنة تكون لمرض او لضعف في خلقته او لكبر سنه او كان مسحورا والسحر له حقيقة وتاثير عند اهل السنة قلت ومن المرض غلبة البرودة عليه او غلبة الحرارة او غلبة الرطوبة او غلبة اليبوسة عليه وفي الجواهر والعنين الذي لا ينتشر ذكره وهو كالاصبع في الجسد لا ينقبض ولا ينبسط او هو معترض

قوله واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت ذلك وفي الاشراف والمغني هذا قول عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله ابن مسعود والمغيرة بن شعبة وبه قال سعيد بن المسيب وعطا وعمرو بن دينار وقتادة وابرهيم النخعي وحماد بن ابي سليمان وعليه فتوى فقها الامصار كابي حنيفة واصحابه ومالك واصحابه والثوري والاوزاعي والشافعي واصحابه وابن حنبل واسحق وابي عبيد وشذ الحكم بن عتيبة وداود الظاهري واصحابه فقالوا هي امراته ولا يوجل وروي ذلك عن علي رضي الله عنه واحتجوا بحديث امراه رفاعة فانها قالت تزوجت بعبد الرحمن بن الزبير ومعه مثل هذا وقد تقدم الحديث ولم يوجله رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن علي رضي الله عنه ان امراة شكت زوجها اليه انه لا ينتشر ذكره فقال علي ولا وقت السحر قالت لا فقال اما عند است هذا خبر بجا زوجها وهو شيخ ضعيف فقال لها اصبري فلو شا الله

ان يبتليك باكثر من هذا الفعل ولم يجعل لها اجلا وللعامة ما
ذكرناه من التاجيل بالسنة عمن تقدم من الصحابه والتابعين
ولا مخالف لهم ورواه عنهم الدارقطني ورواه ابو حفص عن علي
ايضًا ولا حجه له في حديث امراة عبد الرحمن بن الزبير لان الاجل
انما يضرب للعنين عند اعترافه بالعنه وطلب المراة وعبد الرحمن
انكرها وادعى انه ينفضها نفض الاديم او قال يعركها عرك الاديم
على ما تقدم في الحديث وقال ابن عبد البر قد صح ان ذلك
كان بعد طلاقها فلا معنى لضرب المدة وصحح ذلك قول رسول الله
صلى الله عليه وسلم اتريدين ان ترجعي الى رفاعه وقال الماوردي
في الحاوي انها شكت ضعف جماعه ولم تسال عجزه الا ترى كيف قال
لها لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك قلت
هذا جواب ضعيف لانه لو اولج حشفته ذكره وان استعان
بيده حلت لرفاعه فعلم انها وجدته عنينا دل عليه قولها مثل
هدبه ثوبي هذا تعني انه لا ينتشر والجواب الصحيح ما ذكرناه
قال وعن مالك تؤجل ستة اشهر قلت ستة اشهر في
العبد في احدى الروايتين عنه وفي روايه تؤجل العبد ايضًا سنةً
كالحر ذكره في الجواهر وعن ابن المسيب ان كانت حديثه العهد
معه تؤجل سنه وان كانت قديمه العهد تؤجل خمسة اشهر ذكره
في الحاوي وعند عبد الله بن نوفل يؤجل عشرة اشهر والسنة مشتمله
على الفصول الاربعة المختلفه فالربيع حار رطب والصيف حار
يابس والخريف بارد يابس طبع الموت وهو اردا الفصول والشتا

بارد رطب فان كان مرضه من برد ففصل الحر يقابله فهو كالمداواه
له والعلاج ومن كانت افته من الحر فالبرد يقابله وان كانت من
رطوبه ففصل اليبوسه تقابله وان كانت من يبوسه ففصل
الرطوبه يقابله وان كانت من كل من نوعين فما خالف في النوعين
هو المقابل به ثم المشهور عند الاطبا ان طبه ان الشي يشفيه
الضد ويحفظه الشبيه وان الصحه يحفظ بالشبيه والمرض يدفع
بالضد كما ذكرنا وان الغذا بالشبيه والدوا بالمخالف ثم انهم
اوردوا على هذه الاصول اسوله منها قالوا انا نرى الضد
يحفظ بالضد ويدفعه الشبيه فان الشبان والحار المزاج
يستشفون بالاشيا البارده ويستضرون بالاشيا الحاره
ونرى الشيوخ ومن مزاجه بلغمي يعجبه الاشيا الحاره وينتفع
بها ويتضرر بالاشيا البارده ويكرهها ومن به حمى صفراويه
يسقى السقمونيا وهي حاره يابسه ومن به سودا ينتفع بالاهليلج
الاسود وهو بارد يابس والمحرور ينتفع بالشتا ويستضر بالصيف
والبلغمي على العكس والسمك مع برده ورطوبته يعطش جدا وكذا
الخيار واللبن والفلفل قد يزيل العطش ويقطعه والحمى البلغميه
يحدث عطشا شديدا اكثر من صفراويه او دمويه والجواب
عنها يعرف من كتب الطب وعن ابي عبيد انه قال اهل الطب يقولون
الدا لا يستحجر في البدن اكثر من سنه بل يظهر وقال لبيد
تمنى ابناي ان يعيش ابوهما وهل انا الا من ربيعه او مضر
الى الحول ثم اسم السلام عليكما ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر

فجعل الحول الغايه فاذا مضت السنه ولم يصل اليها علم ان العجز
خلقي بافه اصليه غير عارضه وقد فات الامساك بالمعروف فينوب
القاضي منابه في التسريح بالاحسان ولا بد من طلبها لان ذلك حقها
وهو تطليقه باينه وبه قال مالك والثوري وغيرهما وقال
الشافعي وابن حنبل فسخ قال الماوردي لانه فرقه من جهتها
والطلاق يكون من جهته وقاسه الفسخ بالجنون والجب وهو جهل
منه وقياسه باطل لان المقيس عليه غير مسلم اما الجنون فلا
خيار فيه واما الجب فهو كالعنه فلا يستقيم قياسه ولنا
ان فعل القاضي اضيف اليه لامتناعه عن الامساك بالمعروف حتى
لو طلقها طلقه باينه حصل المقصود فاذا امتنع من ذلك ناب
القاضي منابه في التسريح بالاحسان والفرقه بالطلاق مشروعه بكتاب
الله تعالى ومجمع على مشروعيتها والفسخ مختلف فيه فالعمل بالمجمع
عليه اولى من غيره فيجب به المهر كاملا للخلوه الصحيحه وكذا العده
وعند الشافعي لا يجب شي من المهر ولا المتعه لانه فسخ عنده
وقال الشافعي فان فارقها بعد مضي مده التاجيل ثم راجعها
في العده ثم سالت التاجيل لم يكن لها ذلك قال المزني
كيف يكون عليها عده ولم يصبها واصل قوله اذا استمتع بامراه
فقالت لم يصبني فطلقها فلها نصف المهر ولا عده عليها قال
الماوردي صورتها في عنين اجل ثم رضيت بعد الاجل بعنته
فطلقها ثم راجعها في العده فسالت بعد رجعتها ان يوجل ثانيا
لم يجب لرضاها به في هذا النكاح وهو خطا على اصلهم لانه ان وجد

منه وطي فليس بعنين وان لم يوجد فهو طلاق قبل الدخول فكيف يجب
به العده وتناقض ذلك ظاهر واعتراض المزني صحيح متجه
لانه قد جمع بين العنه والرجعه في نكاح واحد وهما لا يجتمعان عنده
لانه ان وطيها صحت الرجعه وسقطت العنه وان لم يطاها ثبتت
العنه وبطلت الرجعه اذ لا عده عليها فلهذا امتنع اجتماع الرجعه
والعنه وتكلف المتعصبون له ثلثه اوجه احدها وهو
ابي حامد المروزي ان المسله خطا من الناقل لها عن الشافعي او
سهو عن شرط زياده فاوردها المزني كما وجدها فاعترض عليها
بما هو صحيح متجه ثانيها ان الشافعي فرع هذه المسله على القديم
ان الخلوه تكمل المهر وتوجب العده وابطله الماوردي من وجهين
احدهما ان تفريعه في كل زمان انما هو على موجب مذهبه في ذلك
الزمان فلا يصح ان يفرع في الجديد على مذهب قد تركه والثاني
ان ابا حامد المروزي قال وجدت للشافعي في القديم وجوب كمال
المهر دون العده فبطل ان يصح معه الرجعه والجواب الثالث قال
يمكن على الجديد ان تجب العده وتصح الرجعه ولا يسقط حكم العنه
بالوطي في الدبر ولهم في ذلك تعسفات لا طايل تحتها وفي
الذخيره يوجل العنين سنه بالايام عند بعض المشايخ وهو
روايه ابن سماعه عن محمد والمذكور في روايته يوجل العنين سنه
شمسيه لا قمريه وهي تزيد على القمريه احد عشر يوما فلعل طبعه
يوافق هذه الزياده وفي ظاهر الروايه ذكر السنه مطلقه قال
صاحب الجامع الاصغر اكثر اصحابنا اعتبروا على ظاهر الروايه

ولم يعتبروا هذه الزيادة وكان الفقيه ابو جعفر يقول هذا البايس
الفقير اذا لم يزل عجزه في السنة لم يزل في هذا القدر من الزيادة
وفي الاسبيجابي والشمسية رواية الحسن عن ابي حنيفة وفي
قاضي خان يوجل العنين سنة شمسية ثلثمايه وخمسة وستين
يوما وفي المرغيناني السنة الشمسية هي المعتبرة كذا قاله السرخسي
وربما يوافقه الزيادة في الايام وهو قول زفر وابن ابي ليلى وفي
الواقعات الصحيح السنة القمرية والتاجيل يعتبر عند سلطان
يجوز قضاؤه وابتداؤه من وقت المرافعة فان ادعى الوصول اليها
وكانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه وهو قول الائمة الثلثة والقياس
ان يكون القول قولها وهو قول زفر وابن ابي ليلى لانكارها وجه
الاستحسان انها تدعي سبب رفع النكاح وهو بدعواه الوصول
اليها ينكر ذلك والاصل سلامة الجبلة فكان القول قوله لذلك
وعن ابن حنبل في الثيب ان ادعى الوصول اليها وانكرت يقال له
اخرج المني فان اخرجه فقالت ليس بمني يمتحن بالنار فان ذاب
فهو مني لانه يشتبه ببياض البيض وهو ينقبض بالنار فان تصادقا
على كونه منيا يخرج به عن العنة لان الغالب عدم خروج مني العنين
وهذا رواية عنه وظاهر مذهبه انه مع الجماعة وان كانت بكرا
تري النسا والواحدة تكفي والمثنى احوط وفي البدايع اوثق وفي
الاسبيجابي افضل فان قلن ثيب ثبت ثيابتها ولم يثبت وصوله
لان الثيابة قد يكون بغير وصوله اليها فيكون القول قوله مع يمينه
كما تقدم وان قلن بكر خيرها القاضي بعد يمينها فان اختارت الفرقة

امره ان يطلقها طلقة باينة فان ابى فرق القاضي بينهما هكذا ذكره
محمد في الاصل وذكر في المنتقى هشام عن محمد في العنين اذا مضت
سنة خيرها القاضي وصار كان الزوج خيرها فان اختارت نفسها
بانت منه فعلى هذه الرواية لم يشترط قضا القاضي لوقوع الفرقة
الا انها تخالف رواية الاصل وفي المنتقى بشر عن ابي يوسف
اذا تم اجل العنين وخيرها القاضي فهو بمنزلة تخيير الزوج ولم
يفسره قال الحاكم ابو الفضل تاويله عندي في القيام عن
المجلس قبل ان تختار شيا ثم رضاها معه عند السلطان او غيره
يسقط حقها واختيارها نفسها لا يكون الا عند السلطان وفي
الاسبيجابي خيارها لا يبطل بالسكوت وبالمقام معه واذا اجل
سنة ولم يصل اليها خيرها الحاكم فان شات اختارت الفرقة او
زوجها وتقتصر على المجلس كالمخيرة فان اختارت نفسها وقعت
الفرقة في ظاهر الرواية ولا يحتاج الى القضا كخيار المعتقة والمخيرة
وفي بعض الروايات لا تقع الفرقة بينهما ما لم يفرق القاضي وجعله
كخيار البلوغ ولو اشكل امر البكر على النسا يمتحن قال بعضهم
تومر ان تبول الى جدار فان رمت ببولها اليه فهي بكر والا فثيب
وقيل تمتحن ببيضة صغيرة وقيل ببيضة فان دخلت فهي ثيب وان
لم تدخل فبكر وفي قاضي خان لا يكون التاجيل الا عند قاضي مصر
ولا اعتبار لتاجيل غيره فان اجله القاضي فمات او عزل بنا المولى
على التاجيل الاول ولو طلب ان يوجله سنة اخرى لا يجب الا برضاها
ولها ان ترجع فيه قبل مضيها وزوج الامة لو وجد عنينا فالطلب

والخيار الى المولى عند ابى حنيفه وابى يوسف وقال زفر الخيار لها
واعتبر الشهوه وهما نظرا الى الولد وهو حق المولى وعن ابى يوسف
ومحمد لو قامت من مجلسها بعد تخيير القاضى فلا خيار لها وعليه الفتوى
كتخيير الزوج وكذا لو اقيمت مكرهه لانها تقدر ان تختار نفسها
قبل قيامها ولو فرق القاضى بينهما ثم تزوجها ثانيا لم يكن لها خيار
لرضاها بحاله وان تزوج امراة اخرى وهى عالمه بحاله ذكر فى
الاصل انه لا خيار لها وعليه الفتوى لعلمها بالعيب وذكر الخصاف
فى ادب القاضى ان لها الخيار لان العجز عن وطى امراة لا يدل على العجز عن
وطى غيرها والاول قاله عطا والثورى وابن القسم وابن حنبل
والشافعى فى القديم وقال فى الجديد يوجل لانه قد يكون عنينا فى
نكاح دون نكاح قلنا قد علمت بالعيب ودخلت عليه لان الاصل
فى كل ثابت دوامه واستمراره وما ذكره الشافعى احتمال بعيد فلا
يعارض الثابت ولا يثبت لها حق رفع النكاح بامر بعيد فان رضيت
بعنته بعد مضى المدة او قبله او فى المده بطل خيارها وقال الشافعى
فى الجديد لا يبطل خيارها قبل انقضا الاجل وهو احد الوجهين للحنابله
لان حقها انما يثبت بعد انقضا الاجل فلم يصح اسقاطه كاسقاط الشفعه
قبل البيع وهذا خطا قلته معارضا لقول الماوردى والفرق انه رضى
بالعيب لا اسقاط الحق قبل سببه كما لو رضى بعيب المبيع ثم اشتراه بخلاف
اسقاط الشفعه قبل البيع ولان ضرب المده لظهور العنه فالرضى
بها مبطل للاجل ولا معنى فان اعترفت بوطيه مره لا يثبت فيه حكم
العنه وهو قول الايمه الاربعه واصحابهم وقال ابو ثور اذا

عجز بعده يوجل كما لو جُبّ بعده وتغيب الحشفه فى الفرج الداخل يخرجه
عن العنه قال فى المغنى ومقطوع الحشفه يعتبر فيه تغيب باقى
ذكره وقيل قدر الحشفه ولا يخرج به عن العنه فى الدبر وهو قول
الشافعى واختيار ابن عقيل يخرج به لانه اصعب من القبل وفى قاضى خان
والغلام الذى بلغ اربع عشره سنه اذا لم يصل الى امراته ويصل الى
غيرها يوجل ولو اجل العنين ولم يصل اليها وفرق القاضى بينهما ثم
تزوجها ثانيا فلا خيار لها وقد ذكرناه ولو تزوج غيرها وهى تعلم
بحاله اختلفت الروايات فيه والصحيح ان للثانيه حق الخصومه
اذا لم يصل اليها لان الانسان قد يعجز عن وطى امراه ويقدر على وطى
غيرها ولو عن بعد الاصابه فلا خيار لها وفى الاسبيجابى لو ولدت
منه اولادا ثم تزوجها بعد طلاقها فوجدته عنينا فلها الخيار
لتجدد حقها بالعقد الثانى فان اختلفن فى البكاره والثيابه فقال
بعضهن هى بكر وبعضهن هى ثيب يرى غيرهن فاذا اجله سنة
فمرض فى السنة يوجل مقدار مرضه عند محمد وعليه الفتوى بخلاف
شهر رمضان وايام الحيض وان مرض نصف شهر او اقل لا يعوض
وكذا لو مرضت هى وجعل الكثير ما زاد على نصف الشهر لان شهر
رمضان يحتسب عليه وهو قادر على جماعها بالليل عاجز بالنهار وهو
بدون الليل نصف الشهر وفى البدايع روى ابن سماعه عن ابى يوسف
انه ان صح فى السنه يوما او يومين احتسب عليه وروى عن محمد ان
الشهر كثير لا يحتسب والروايه الصحيحه عن ابى يوسف ان ما
فوق نصف الشهر كثير وفى الاسبيجابى عن ابى يوسف ان حد الكثرة

الشتنه فالم يمرض سنه لا يعوض وعنه انه اعتبر اكثر السنه وعنه
ان حجت او هربت او غابت لم يحسب على الزوج لانه من جهتها فان
حج هو او غاب احتسب عليه فان حبس وامتنعت من المجي الى
السجن لم يحتسب عليه مده الحبس وكذا لو حبسه القاضي بمهرها
فلم تحضر اليه وان لم يمنع وكان في السجن موضع خلوه احتسب عليه
وان لم يمكنه وطيها فيه لم يحتسب قال محمد ان كان محرما يوجل
بعد احرامه وان رافعته وهو مظاهر يعتبر المده من حين المرافعه
ان كان قادرا على الاعتاق وان كان لا يقدر عليه اجله اربعة عشر
شهرا ولو ظاهر في السنه بعد التاجيل لم يزد على المده ولو اقرت
بعد التفريق انه كان قد وصل اليها لم تصدق لان قضا القاضي
لا يبطل باقرارها بخلاف ما لو اقام البينة على اقرارها بالوصول
قبل التفرقه حيث يبطل الفرقه قـــــوله وان كان
مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت ذلك لانه لا فايده في التاجيل
وفي الجامع اذا وجدت زوجها الصغير مجبوبا فهو كالعنين فالقاضي
يفرق بينهما بخصومتها في الحال ولا ينتظر بلوغ الصبي لانه لا يزول
به بخلاف ما لو وجدت زوجها الصغير عنينا حيث ينتظر بلوغه
كالمريض ينتظر زواله ولو وجدته مجبوبا لا ينتظر زوال مرضه
لانه لا فايده فيه ويوهل الصبي للطلاق لانه مستحق عليه كما
يوهل للعتق اذا ملك من يعتق عليه ومنهم من جعله فرقه بغير
طلاق والاول اصح لكن القاضي لا يفرق بينهما ما لم يكن عنه خصم
كالاب ووصيه فان لم يكن له ولي ولا وصي فالجد ووصيه خصم فيه

فان لم يكن فالقاضي ينصب عنه خصما فان جا بعيبه يبطل حق المراة
مثل رضاها بحاله او بينه على علمها به عند العقد لم يفرق بينهما وان
طلب يمينها تحلف فان نكلت لم يفرق وان حلفت فرق وان وجدت
الصغيره زوجها مجبوبا لا يفرق بينهما بخصومه الاب وينتظر بلوغها
لانها ربما ترضى وان وكلت الكبيره بالتفريق وغابت هل يفرق بطلب
الوكيل لم يذكره محمد في الكتاب واختلف المشايخ فيه قيل لا يفرق
بطلبه بل ينتظر حضورها كالاب وقيل يفرق لرضاها بخلاف عدم
الكفاه حيث لا يوخر لانه لا يزول ولانه حق الولي لكن يشترط
ان يكون عن الصبي خصم وكذا في المجبوب المعتوه لا ينتظر ويفرق
بمحضر وليه فان قالت وجدته مجبوبا فقال الزوج ما انا بمجبوب
وقد وصلت اليها فالقاضي يريه رجلا فان علم بالمس والجس من
ورا الثوب من غير كشف عورته لا يكشف عورته وان لم يمكن
الا بالكشف والنظر امر غيره ان ينظر للضروره وان وصل اليها
ثم جب ذكره فلا خيار لها وحكى ابن زولاق عن ابي عبيد بن حربويه
ان امراه جاته تشكو بعلها فقالت انا امراة ضعيفه ما اطيق
آلته فانها جاير خارجه عن آلات الرجال فقال لها القاضي لا
تحلي يدخل ذكره كله فقالت سهل له عقل في ذلك الوقت حتى يدخل
البعض دون الكل فامر القاضي حاجبه لينظر فادخله الحاجب مكانا
خاليا فنظر اليه فهاله فرد وجهه وقال له استتر ثم اخبر القاضي
بما راه ففرق القاضي بينهما يجوز له النظر للضروره وحدث الحاجب
ان المراه بعد ذلك جاته ورشته بدنانير ليصلح بينهما ولو وجدت

الصغير عبدا واطلع وليه على عيب فيه يرده ولا ينتظر بلوغه ويستوفى
قصاصه للحال وكذا شفعته والفرق ان التفريق لفوات حقها
في قضا شهوتها وذلك بمعزل منه في صغره فيوخر بخلاف الفصول
الام فان الحق ثابت في الحال ويتضرر الصغير بتاخير حقه الى زمان
بلوغه فيقوم الولي مقامه في الاستيفا للعجز بنفسه ولو جات
امراه المجبوب بعد التفريق بولد الى سنتين يثبت نسبه ولا
يبطل تفريق القاضي بذلك بخلاف العنين حيث يثبت نسبه
ويبطل تفريق القاضي لانه لما ثبت نسب ولدها منه لم يبق
عنينا والمجبوب مجبوب بعد ثبوت نسب ولده وفي الحاوي
اختلف الشافعيه بما ذا تثبت العنه اذا ادعتها الزوجه على ثلثه
اوجه احدها باقراره او ببينه على اقراره وهو قول ابي اسحق
المروزي والثاني باقراره او نكوله بعد انكاره ولا يراعى فيه
يمين الزوجه وهو قول ابي سعيد الاصطخري قلت القضا
بالنكول من غير يمين المدعي لا يساعد اصلهم والثالث
باقراره او يمين الزوجه ونكوله ولا تثبت ان لم تحلف بعد نكوله
وهو قول ابي علي بن ابي هريره وعليه اكثرهم ويخرج عن العنه
بوطيها حائضا او نفسا او محرمه او صايمه وكذا في المغني ولا
اعلم فيه خلافا فان وجدت ثيبا وزعمت ان عذرتها زالت
بسبب آخر من غير وطيه كاصبعه او غيرها غير ذكره فالقول
قول الزوج لانه خلاف الظاهر والاصل عدم اسباب اخر
ولو تراضيا بعد التفريق فله ان يتزوجها وعند ابن حنبل في

روايه ابي بكر من الحنابله انهما لا يجتمعان كفرقة اللعان عندهم
وهو باطل لا اصل له وقد تقدم ان في الفرقه بالعنه يجب المهر
كاملا والعده قال ابو بكر بن المنذر هذا قول عمر والمغيره
ابن شعبه وبه قال ابن المسيب وعطا والنخعي وملك والشافعي
بالعراق قال ولم اجده في كتبه المصريه وهو قول احمد وابي عبيد
وقال شريح وابو ثور لها نصف المهر قال ابو بكر الاول اولى
بمن قلد الصحابه والثاني اشبه بظاهر الكتاب قلت وقد
ذكر صاحب الحاوي انه لا يجب لها شي عند الشافعي وقد ذكرنا انه
طلقه باينه عندنا وبه قال ملك والثوري واصحابهم وقال
الشافعي وابن حنبل فسخ قال ابو بكر وبه اقول ويجب العده عندنا
قال وهو قول عطا وعروه وملك والشافعي قال ولا يشبه
مذهبه وقد ذكرت اعتراض المزني عليه في ذلك وقال ابو ثور
لا عده عليها واختار ابن المنذر قوله والخصي يوجل
كما يوجل العنين قال عامه اهل العلم نكاح الخصي صحيح وهو قول
الزهري واهل المدينه واهل الكوفه والشافعي وابن حنبل وغيرهم
وينبغي له ان يعلمها عند العقد والخصي مسلول وهو الذي سلت
خصيتاه وموجوء وهو الذي رضت خصيتاه وهما سوا ومتى
لم يصل اليها اجل لانه عنين وان وصل فلا خيار لها وقد قيل هو اكثر
وطيا من الفحل لانه لا ينزل ولا يكون منه ولد وفي الذخيره
ان وجدته خصيا وكان ينتشر آلته ويصل اليها لا خيار لها والا
كالعنين ولو كانت رتقا او قرنا وهو عنين فلا خيار لها لقيام مانع

الوطي من جهتها واذا خيرت فاختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك
خيار والتاجيل لا يعتبر الا من الحاكم واذا كان بالزوجه عيب
فلا خيار لها وفي المحلي في شرح المجلى لابن حزم هذا قول ابي قلابه
وعطا وعمر بن عبد العزيز والنخعي وابي الزناد وابن ابي ليلى والاوزاعي
والثوري وابي سليمان الخطابي وداود الظاهري في اصحابه وقال
الزهري وشريح وابو ثور يرد بجميع العيوب والمالكيون والشافعيون
والحنبليون خصوا الرد ببعض العيوب دون بعض وذلك اربعه
عيوب او خمسه وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن
وفي التمهيد قال ابو عمر بن عبد البر ترد الزوجه عند مالك
بالعيوب الثلثه الجنون والجذام والبرص وترد بكل عيب يمنع
الوطي واذا وطيت وبها عيب من هذه العيوب ترد ما اخذت
الا ربع دينار وقاسه على السلعه اذا دلس فيها بعيب على مذهبه
فيه وقال الليث مع الثلثه دا الفرج وقال ارى الآكله
كالجذام وقال الزهري يرد من كل دا عضال وقال الشافعي
ترد بالجنون والجذام والبرص والقرن والرتق وهي خمسه ولا شي
لها قبل الدخول لا مهر ولا متعه وبعد الدخول لها مهر مثلها ولا
يرجع عليها ولا على وليها وهو قول الحسن بن حي يكون لها المسمى
بالدخول عنده ولا وجه لقولهما لانها اذا اخذت مهرها بالدخول
فلا فايده في ردها لان ذلك حاصل بالطلاق وهو سهو وقد يكون
مهر مثلها اكثر من المسمى فالرد على الشافعي كالرد على الحسن وزياده
وقال ابو عمر لم يختلف العلما في الرتقا التي لا يوصل اليها بالوطي

انه عيب ترد به الا ما جا عن عمر بن عبد العزيز انه لا يرد الرتقا
ولا غيرها والفقها كلهم على خلاف ذلك قلت نعم رده
واستثنا عمر بن عبد العزيز وحده غير صحيح بل عمم مع الرد خلق
كثير قال ابو عمر حجة من قال لا يرد بالعيوب الاجماع انها لا
ترد بعيب صغير على خلاف البيع كذا بالكبير وقال مالك لا يرد بالعمى
ولا السودا الشوها وقال ابن وهب في البرص لا يثبت الخيار
قال ابن وهب وهو رايي وقال ابن القسم ان وجدها عميا او
مقعده او شلا فلا خيار فيه الا اذا شرطت السلامه منها
قال وبقول الكوفيين قال جماعه من التابعين وبقول المدنيين
قال جماعه من التابعين وفي مصنف ابي بكر بن ابي شيبه عن عبد الله
ابن مسعود لا ترد الحره بعيب ومثله عن ابي هاشم قال
ابن حزم وهو رواية عن علي وذكر ابو عمر عن عمر رضي الله عنه
الرد بالجنون او الجذام او البرص وقال ابن حزم قد خالف
المالكيون والشافعيون كل ما روي عن الصحابه في ذلك اما عمر
الذي تعلقوا بقوله فقد خالفوه في خمسة مواضع وسردها في
المحلى فان قالوا لم يبلغ ذلك مالكا والشافعي قلنا قد بلغكم فقولوا
به ولا تقلدوا من خالف عمر بغير حجة وارجعوا عنه واحتجاجكم بقول
عمر في شي دون خمسة اشيا تلاعب بالدين كبر مقتا عند الله ان
تقولوا ما لا تفعلون ويردون النكاح بذلك قبل الدخول ولم يات
ذلك عن عمر الا رواية مكذوبة من طريق عبد الملك بن حبيب
وهو هالك فمن اقدم على مخالفة عمر في خمسة مواضع فيه الجوز له

عند مالك

ان يقلده في موضع واحد لم يثبت عنه من روايه هالك واما
الشافعي فلم يوافقه ولا في موضع واحد اما علي رضي الله عنه فعنه
ثلث روايات احداها كقولنا لا ترد في شي من ذلك والثانيه تخير
قبل الدخول والثالثه في غايه السقوط لا يجوز الروايه عنه
واما ابن عباس فهي من روايه عبد الملك الهالك المتقدم
وفيها رد النكاح فبطل تعلق المالكيين والشافعيين بشي مما روي
عن احد من الصحابه في ذلك وقول مالك برد الى ربع دينار لا يحفظ
عن احد وكذا قول الشافعي برد الى صداق مثلها ولا يصح في ذلك
شي عن احد منهم قال ابن حزم قد وجدنا بعض المتاخرين
منهم يقول النكاح يشبه البيوع وهي يرد بالعيوب فكذا النكاح
وهذا قول لا يسوغ التمويه به الا لمن قال بقول شريح والزهري
وابي ثور انه يرد بجميع العيوب فاما المالكيون والشافعيون فقد
خصوا الرد بالعيوب المذكوره فبطل قياسهم على البيوع ثم نقول
لابي ثور من اي وجه اشبه النكاح البيع بل هو خلافه جمله اذ البيع
ينقل ملك رقبه المبيع ولا ينقل في النكاح والنكاح يصح من غير ذكر
البدل ومع نفيه والبيع لا يصح في شي من ذلك وخيار الشرط باطل في
النكاح جايز في البيع والبيع بترك رويه المبيع ووصفه فاسد
عندكم والنكاح جايز ويجوز النكاح عند المالكيين على بيت
وخادم ووصيف غير موصوفين ولا يجوز ذلك في البيع وقالوا
لا تطيب النفس بجماع برصا ولا مجذومه ولا يقدر على جماع رتقا
وقرنا وانما تزوجها للوطي قلنا اما طيب النفس على الجماع فان

كل احد لا تطيب نفسا على من تشخا في يديها لمعه من برص ولم يصبها
صرع في الشهر الا مره منها وعلى الزانيه وعلى العجوز السوداء الشوهاء
التي بوجهها آكله وقد اكلت انفها وهي تسري الى جميع بدنها
او بوجهها ثولول احمر كابر قد اخذ وجهها جمعه او حدبه
في صدرها وظهرها او كانت عمياء صماء بكماء عمرها مايه سنه
او كانت مريضه بالدق والسل الذي يبرا منه عند الاطباء
وكذا الحميات البارده والحاره العفنه مع العجز والكبر وهذا
مما لا شك فيه عند احد من العقلاء وغيرهم وكل ذلك اذا فاسدك
بما لم ياذن به الله وانما النكاح كما امر الله سبحانه فامساك
بمعروف او تسريح باحسان او ياتي نص صحيح في ذلك فيوقف
عنده ولم يات بذلك ما يعول عليه وتعلق بعضهم بقوله
عليه السلام في الخبر وفر من المجذوم فرارك من الاسد وليس
هو على الامر فانه لا يجب على احد ان يفر على المجذوم فرار الاسد
ويجوز له الجلوس عنده ويثاب على تمريضه وخدمته والقيام
بمصالحه عنده ثم ان كان كذلك فافسخوا النكاح بحدوثه بعد
بسنين وهم لا يقولون به وزعموا انه عليه السلام رد بالبرص
فقال الحقي باهلك لما وجد بكشحها وضحا او بياضا قلنا هو
من روايه جميل بن زيد وهو مطرح متروك عن زيد بن كعب بن عجره
وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجره ولد اسمه زيد انتهى كلام ابن حزم
قال صاحب الكتاب ولنا ان فوات الاستيفا اصلا بالموت
لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهو ضعيف لان

الفسخ انما يكون في النكاح القايم وبالموت لا يبقى النكاح لانه موقت بحياتهما وهذا لان الوطي من الثمرات فلا يراعى من كل وجه والمستحق التمكين وهو حاصل وفي النكاح مقاصد اخر ولهذا انعقد النكاح واثبتوا له خيار الرد فلو كان المعقود عليه هو الوطي لم ينعقد في الرتقا والقرنا فصار كالشيخ الفاني اذا تزوج عجوزا هرمة جميعهما يصح النكاح ولو كان النكاح انما ينعقد على الوطي لم يصح واذا كان بالزوج جنون او جذام او برص فلا خيار للزوجة عند ابي حنيفه وابي يوسف واخرين وقد ذكرناهم قبل هذا وعند محمد مع الايمه الثلثه تثبت لها الخيار فيها كما في الجب والعنه لكن من غير تاجيل كالجب ولهما ما تقدم من اقوال الشافعي ولان الاصل عدم الخيار لما فيه من رفع النكاح وابطال حق الزوج بخلاف الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود بالنكاح وهذه العيوب غير مخلة فصار كجانبها وفي الخنثى لو كان يبول من مبال الرجال يجوز له التزوج فان لم يصل الى النسا يوجل لانه عنين وفي الامه الخيار لمولى الامه في رواية عن ابي حنيفه وهو قول ابي يوسف وفي الواقعات في قول ابي حنيفه وعليه الفتوى وعند زفر الى الامه ومدركهما اعتبار الولد وهو حق المولى ومدركه اعتبار الشهوه وتقدمت وفي المرغيناني عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه في العنين ايمضوا عليه الزجر والعسل ليراجع نفسه وفي الواقعات اذا اقامت معه بعد التاجيل مطاوعة له في المضاجعة لم يكن ذلك رضا منها هكذا قال ابو يوسف وعليه الفتوى فان النكاح

بينهما قايم الا ان يخيرها القاضي بعد مضي المدة ذكر غريب الالفاظ المذكوره فيه في المغرب المجذوم الذي به الجذام وهو دا يشق الجلد ويقطع اللحم ويتساقط منه والفعل جذم على ما لم يسم فاعله بمعنى اصابه الجذام وفي الصحاح جذم الرجل على ما لم يسم فاعله فهو مجذوم ولا يقال اجذم والجذام دا وجذم جذما اذا صار اجذم وهو المقطوع اليد وفي الحديث من تعلم القران ثم نسيه لقي الله وهو اجذم وجذمت الشي جذما اذا قطعته فهو جذيم والبرص دا وهو بياض وقد برص الرجل فهو ابرص وابرصه الله وجن الرجل على فعل ما لم يسم فاعله فهو مجنون واجنه الله فهو مجنون ولا تقل مجن ولا جنه الله وجاء منه من افعل على مفعول على غير قياس دون مفعل هذا الاول والثاني احزنه الله فهو محزون واحبه فهو محبوب وجا محب على الاصل في شعر عنتره

ولقد نزلت فلا تظني غيره مني بمنزلة المحب المكرم

وفي المغرب القرن في الفرج ما يمنع سلوك الذكر فيه اما غدة غليظة او لحمه مرتقيه او عظم وامراه قرنا اذا كان ذلك بها وفي تهذيب اللغات للنووي قال اهل اللغه القرن باسكان الرا هو العفله بفتح العين المهمله والفا وهي لحمه تكون في فم الفرج وبالفتح مصدر وانكروا الفتح على الفقها وقال القزاز في جامعه بفتح الرا هو العيب ومنه امراه قرنا قال وبالاسكان اسم العفلة وبالفتح اسم العيب وعطف المصادر عليه يرجح كونه

مصدرًا وذكر بعضهم ان القرن عظم نابت محدد الراس كقرن
الغزالة يمنع الجماع والرتق التلاحم في الرحم لكن فيه تخش ضيق
يخرج منه البول ويمنع الوصول الى الفرج لتلاحم الرحم قال الله
سبحانه اولم ير الذين كفروا ان السموات والارض كانتا رتقا
ففتقناهما وقلنا يمكن جماع القرنا في الجمله فان القرن يعالج
عند الاطباء ويزال بالكسر والرض والمعالجه والرتق يشق
ويداوى ويمكن الوصول اليها في الجمله والجذام والبرص يعالج
بالادويه الحاده في الجمله وان كان زواله عسيرًا

باب العده

عدة المراة ايام اقرائها
وقد اعتدت وانقضت عدتها وعددت الشي احصيته قال
الله تعالى واحصوا العده والعده بالضم الاستعداد والتهيؤ
للامر ذكر ذلك الجوهري يقال كونوا على عده والعده ايضا
ما اعددته لحوادث الدهر من المال والسلاح يقال اخذ للامر
عدته وعتاده وفي المنافع العده بمعنى العدد فسواء
واذا طلق الرجل امراته طلاقا باينا او رجعيا او وقعت الفرقه
بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض وقد دخل الرجل بها فعدتها
ثلث حيض والفرقه بغير طلاق في معنى الفرقه بطلاق لثبوت
النسب ووجوب تعرف براءة الرحم فيها والفرقه بغير طلاق
مثل خيار العتق والبلوغ وملك احد الزوجين صاحبه وبعدم
الكفاءة وردة الزوج والنكاح الفاسد والوطي بالشبهه وكذا
باللعان كان محرما مؤبدا اولا وعن ابن عباس عدتها تسعة اشهر

وخالفه فيه ساير الناس وقال ايضا عدة المختلعه حيضة
والاصل فيه قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثه
قروء والمراد بهن المدخول بهن من ذوات الحيض وهو خبر في
معنى الامر واصل الكلام ليتربصن وهو تاكيد للامر فكانهن
امتثلن الامر بالتربص فهو يخبر عنه انه موجود وعند الكوفيين
هو امر بحذف لام الامر والقروء جمع قرء بفتح القاف
وضمها ذكره في المغرب وغيره وقالوا هو الحيض في قول
الاكثرين وهو قول الزجاج والاصمعي والاخفش ويونس
والخليل ذكره في كتاب العين ونص عليه وقال القرء عبارة
عن الحيض وقول الكسائي والفرا من الكوفيين وفي جامع
القزاز اقرات المراة اقراء فهي مقرئ اذا حاضت وقيل
اذا طهرت وكذا ذكره الجوهري في الصحاح وقال الاخفش
اقرات المراة اذا صارت صاحبة حيض فاذا حاضت قيل
قرات وقال الخليل اقرات المراة اذا دنا حيضها او طهرها
والقروء الحيض عندنا ومذهبنا قول صدور الصحابه
قال ابن حزم في المحلى ان العده تعتبر بالحيض عن ثلثه عشر
من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم ابو بكر وعمر
وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وابي بن كعب
ومعاذ بن جبل وابو الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد بن
ثابت وابو موسى الاشعري وزاد ابو داود والنسائي معبدا
الجهني وعبد الله بن قيس وهو قول عطاء وطاوس وسعيد بن المسيب

وسعيد بن جبير والحسن بن حي وشريك بن عبد الله القاضي
والحسن البصري والثوري والاوزاعي وابن شبرمه وابي عبيد
وربيعه ومجاهد ومقاتل وقتاده والضحاك وعكرمه والسدي
واسحق قال ابن حنبل كنت اقول ان القرء الطهر وانا
اليوم اذهب الى انه الحيض وفي المغني في روايه الاثرم عنه
كنت اقول الاطهار ثم وقفت لقول الاكابر والمشهور من مذهبه
مثل قول اصحابنا وذكر الشيخ ابو بكر الرازي واليه
انتهت رياسة الحنفيه ببغداد بعد ابي الحسن الكرخي ان
الشعبي روى عن ثلثه عشر من اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم ان
الرجل احق بامراته ما لم تغتسل من الحيضه الثالثه وعند مالك
والشافعي القروء الاطهار ويروى ذلك عن عايشه وابن عمر
وزيد بن ثابت وهو قول اهل الحجاز والاول قول اهل العراق
مع من قدمناهم من اهل مكة والمدينه قال الجوهري
القرء للحيض والطهر وهو من الاضداد كالجون للظلمه والنور
احتجوا على ان القروء المذكوره في القران هي الاطهار دون
الحيض بادلة الدليل الاول انهم زعموا ان القرء اذا كان بمعنى
الحيض يجمع على اقراء لقوله عليه السلام دعي الصلاة في ايام
اقرائك واذا كان بمعنى الطهر يجمع على قروء واستدلوا عليه بقول
الاعشى

أفي كل عام انت جاشم غزوة ... تشد لاقصاها عزيم عزائكا
مورثة مالا وفي الحي رفعة ... لما ضاع فيها من قروء نسائكا

أراد بها الاطهار لان زمان الحيض ضايع حاضرا كان او غايبا قال

ابو بكر ابن العربي هكذا قاله ابن الانباري قال الصغاني
يروى في الاصل وفي الحي وفي المجد وليس ما قاله ابن الانباري
بلازم بل يجمع الحيض ايضا اذا كان بلفظ القرء على قروء قال ابن
الاعرابي ليس اذا استنهضته بناهض له قروء كقروء الحايض
وقال عليه السلام لفاطمه بنت ابي حبيش فانظري اذا اتاك
قروءك فلا تصلي فاذا مر قروءك فتطهري ثم صلي ما بين
القرء الى القرء رواه ابو داود والنساي والدليل الثاني
ان اثبات التا في ثلثة يدل على انه اراد بها الاطهار لان مفردها
مذكر وهو الطهر ولو كان المراد بالقروء الحيض لقيل ثلث
قروء لان الحيض جمع حيضه وهي مونثه لفظه والتا تحذف
في جمع المونث وتثبت في جمع هكذا احتج بها الفراء في جامعه
قال البطليوسي المالكي لا حجة لهم فيه عند اهل النظر
لانه لا ينكر ان يكون القرء لفظا مذكرا ويكون يذكر ثلثة على
اللفظ دون المعنى كما يقول جاني ثلثه اشخص يعني بذلك النسا
قلت يقول عندي ثلث من البط ذكور وثلثه من البط
ذكور لان البط جمع بطه والتذكير والتانيث باعتبار اللفظ
والمعنى قال الله تعالى خلقكم من نفس واحده والمراد بها ادم
عليه السلام وتانيثه باعتبار لفظ النفس وقوله تعالى قد جاتك
اياتي قرئ بكسر الكاف وفتحها وقال ابن الحاجب في مقدمته
واذا كان المعدود مونثا واللفظ مذكرا وبالعكس فوجهان وانشدوا

يا جعفر يا جعفر يا جعفر ... إن اك دحداحا فانت اقصر

أَوْ اكُ ذَا شَيْبٍ فَأَنْتَ اكبرُ غَرَّكَ سِرْبَالٌ عَلَيْكَ احمرُ
وَمِقنعٌ من الحريرِ اصفرُ وتحتَ ذاكَ سَوْءَةٌ لو تذكرُ
سَمَّى المونث باسم مذكر وطلحة وحمزة بالعكس وهو لا يخص
الاعلام وفي مشارق الانوار قوله عليه السلام دعي الصلاة
ايام اقرائك يرد قول العراقيين ان القروء الحيض قال
القاضي قال قلت بل هو حجة لهم والحاصل ان الحيض اسم
مذكرا ومونثا كالبر والحنطه والدليل الثالث حديث
ابن عمر المتفق عليه انه عليه السلام امره ان يراجعها ثم ليتركها
حتى تطهر ثم ليطلقها ان شا فتلك العدة التي امر الله ان يطلق
لها النسا فلما امره ان يطلقها في الطهر وجعله العدة ونهاه ان
يطلقها في الحيض ثبت ان الاقرا هي الاطهار وقال الحافظ
ابو جعفر الطحاوي فرجا في هذا الحديث انه عليه السلام امره
ان يراجعها ثم يمهلها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ليطلقها وتلك
العدة التي امر الله ان يطلق لها النسا فلما لم يبح له الطلاق في ذلك
الطهر حتى يكون بعد حيضه ثم طهر ثبت بذلك ان تلك العدة
وقت تطليق النسا لا انه معتبر في العدة والعدة لها معان
وليس كل ما يجب الطلاق اسم العدة عليه ان يكون قرا وكذا ما يجب
له اسم الوقت الذي يطلق له النسا وسمي عدة لذلك ولا يلزم
ان يثبت لها اسم القرء ويؤيد هذا ان عمر هو الذي خاطبه رسول الله
صلى الله عليه وسلم بقوله فتلك العدة التي امر الله ان يطلق لها
النسا ولم يكن ذلك عنده دليلا على ان الاقرا هي الاطهار لان

مذهبه ان الاقرا هي الحيض لا الاطهار روى ذلك عنه الحافظ
ابو جعفر وابن المنذر وابن حزم في المحلى وغيرهم فبطل بذلك
قول ابن بطال في شرح صحيح مسلم ان ابن عمر اعلم به لانه قد
علم الطلاق في الحيض وما اصابه فيه لان ابن عمر لم يحضر عند
النبي عليه السلام بل كان ذلك بحضرة ابيه عمر بن الخطاب فانه
قال له عليه السلام مر ابنك فليراجعها الحديث وروى ابن حزم
في المحلى وغيره انه مع ابنه وفي المنتقى لابن تيمية الصحيح من قول
ابن عمر عدة الحرة ثلث حيض وعدة الامة حيضتان وانما الضعف
في رفعه وهكذا ذكره محمد بن عبد الواحد المقدسي في احكامه ورواه
ملك عن نافع عن ابن عمر كذلك خرجه الحافظ ابو جعفر في شرح
الاثار والدليل الرابع قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن واستدلوا
بها من وجهين احدهما ان الطلاق يوقع في الطهر دون الحيض
وقد جعل الله الوقت الذي يقع فيه الطلاق من العدة والثاني
قالوا اللام بمعنى في فعلم ان الطلاق يقع في العدة فلا يكون الحيض
من العدة لانه يقع في العدة ولا يوقع في الحيض والجواب عن قولهم
قد جعل الله الوقت الذي يوقع فيه الطلاق من العدة غير مسلم بل
المراد بقوله لعدتهن اي لقبل عدتهن وفي صحيح مسلم قرا رسول الله
صلى الله عليه وسلم فطلقوهن لقبل عدتهن قال صاحب المفهم
في شرح مسلم هذا صريح برفع القراءة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
معوله احادا فلا يكون قرانا لكنها خبر مرفوع الى رسول الله
مسموع منه عليه السلام فعلم ان المراد بها مستقبل عدتهن وهو

الطهر الذي يليه الحيضة وقبل الشيء اوله يقال كان ذلك في قبل
الصيف وقبل الشتاء ووقع السهم بقبل الهدف وقبالته اي
بقربه وقولهم اللام بمعنى في كما تقول كتبت لغرة الشهر اي في غرته
وهو غلط لان اللام ليس من اقسامها ان تكون للظرف بل هي
للوقت هنا كقوله تعالى لدلوك الشمس وتقول اتيك لصلاة
الظهر اي لوقتها ويفسد من جهة اخرى ايضا لانها اذا كانت بمعنى
في فلابد ان تكون العدة التي هي ظرف موجودة قبل وجود الطلاق
الذي هو مظروف فتكون العدة موجودة قبل ايقاع الطلاق
وهو باطل لا خفاء فيه كما لو قال طلقها في رجب لا يطلقها قبله بل
يطلقها فيه والدليل الخامس ان القرء هو الجمع ومنه
المقراة للحوض والغدير والقلت يقال ما قرأت الناقة جنينا اي
ما جمعته ولا اشتمل رحمها عليه وفي جامع القزاز القارئ
من النوق الحامل وقول عمرو بن كلثوم
ذراعي عيطل ادماء بكر هجان اللون لم تقرا جنينا وفي الطهر
يجتمع الدم ثم يخرج فكان اطلاق القرء على الطهر اليق قلنا لو اجتمع
دم الحيض في زمن الطهر لاندفع فيه فان فم الرحم غير مسدود في زمان
الحيض ولو كان منسدا لخرجت الدماء في اول الحيض حين انفتح فم الرحم
بالحيض ولان الطهر لا يجوز ان يسمى قرءا قبل سيلان الدم لانه لا يتعلق
به حكم قبل العلم بوجوده ولا يمكن معرفة الدم في الرحم في حال الطهر
وفي الروضة القرء في العدة الطهر الذي قبله دم وبعده دم
لا مجرد الانتقال الى الحيض في اظهر القولين وهو نص البغوي والروياني

وغيرهما وناقضوا ذلك فقالوا لو قال انت طالق في كل قرء يقع في
الحال وان لم يتقدمه حيض وعليه اكثرهم ولم يشترطوا قبله دما
ولو جامعها فيه ثم طلقها حسبت بقية ذلك الطهر من العدة عندهم
في احد القولين ولا تحسب من العدة عند الزهري وتعتد بعدها
ثلاثة اطهار وللجمهور احد وعشرون دليلا الدليل
الاول قول صدور اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد
ذكرنا خمسة عشر صاحبا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
وذكرت من ذكرهم فلا نعدهم وما روي عن ابن عمر وزيد بن ثابت
وعائشة من انها الاطهار فقد روي عنهم خلافه على ما ذكرنا وما
ياتي ولا يحتج بقولهم لاضطرابه والدليل الثاني قوله تعالى
والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولو حمل على الاطهار
لزم ان يكون قرءان وشيء من الثالث فيبطل العدد المنصوص عليه
في القران فكان فيه تعطيل نص القران فان قيل قد ذكر الجمع واريد
به اثنان وبعض الثالث قال الله تعالى الحج اشهر معلومات
قلنا عنه جوابان احدهما ان ذلك انما جاء في الجمع دون النص
على العدد الذي هو الثلاثة وقياسهم عليه باطل واطلاق عدد على
عدد اخر غير جائز كاطلاق العشرة على التسعة او الثمانية او
السبعة او الثلاثة على اثنين ويجوز ان يقال جاء رجال ويراد بهم
رجلان اذ ذكر الكل وارادة البعض من طرق المجاز ولا يجوز ان
يقول جاء ثلاثة رجال ويريد بهم رجلين لان العدد خاص في مدلوله
وفيه التخصيص انما يكون في العام دون الخاص والجواب الثاني

ان ذلك على خلاف الاصل ثبت بالاجماع فلا نقاس عليه غيره من غير دليل نقتضيه والدليل الثالث قال القزاز في جامعه القرء خروج الدم وحقيقته في اللغه خروجه لوقت واتاك لقرءه اى لوقته ولقارءه مثله قال الاعشى كرهت العقر عقر بنى شليل اذا هبت لقارئها الرياح ولهذا لم يجوزوا الاقتصار في الايسه على بعض الشهر الثالث وكذلك الصغيره والقارى الوقت يقال اقرات الريح اذا دخلت في وقتها وذكر الجوهرى البيت للهذلى قال الصغانى والبيت يروى لتابط شرا ولابى ذويب وروى اصحاب الاصمعى القصيده لمالك بن الحارث اخى بنى كاهل الهذلى قال ابو عمرو بن العلا انما القرء الوقت قال

اذا ما السما لم تغم ثم اخلفت قروء الثريا ان يكون لها قطر

يريد وقت نوءها الذى يمطر الناس فيه وقال اخر

يا رب ذى ضغن وضب فارض له قروء كقروء الحايض

اى لهذا الضغن اوقات تهيج فيها ويشتد كهيج دم المراة في اوقات حيضها وعليه قول الاعشى لما ضاع فيها من قروء نسائكا اى من مده طويله واوقات متعدده كالمده التى تعتد فيها النسا اراد من اوقات نسائك هكذا ذكره جار الله والمطرزى والضغن والضغينه والضب الحقد من ضغن بكسر الغين ضغنا والاوقات المعلومه انما تكون لمجئ دم الحيض لا للطهر وقال الصغانى في التكمله تقول قرات القراز اى القيته ولوطته وفى قول عمرو بن كلثوم ذراعى عيطل ادما بكر هجان اللون لم تقرا جنينا

اى لم تلقه اى لم تلد وقد تقدم فبطل قولهم بذلك انه بمعنى الجمع وقال الشيخ ابو بكر الرازى في احكام القران فاذا ثبت ان القرء للوقت فهو اولى بالحيض لان الاوقات انما هى لما يحدث فيه الحادث والحيض هو الحادث فيه والطهر عدم الحيض وليس هو شى حادث لم يكن وان كان القرء هو الجمع والتاليف فالحيض اولى به لان دم الحيض هو الذى يجتمع ويتالف من جميع البدن في حال الحيض والدليل الرابع ان اطلاق القرء على الطهر مجاز وعلى الحيض حقيقه والمجاز لا يعارض الحقيقه بيان الاول ان اسم القرء لا ينفى عن الحيض وهو دليل الحقيقه وينفى عن الطهر وهو ايه المجاز كالايسه والصغيره فانهما ليستا من ذوات الاقرا مع كونهما من ذوات الاطهار فلما انتفى اسم القرء عن الطهر تبين انه مجاز فيه وسمى قرا لمجاورته الحيض ولهذا ينفى اسم القرء عن الطهر عند عدم المجاوره للحيض والدليل الخامس قوله عليه السلام عده الامه حيضتان في حديث عايشه رضى الله عنها رفعته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابو داود وابن ماجه والدارقطنى والترمذى وقال حديث غريب والعمل على هذا عند اهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم ذكره في جامعه ولا فرق بين الامه والحره في العده الا في العدد وعن ملك شهره الحديث بالمدينه يغنى عن صحه سنده وهكذا رواه ابن عمر مرفوعا قالوا الصحيح عن ابن عمر ما رواه سالم ونافع من قوله رواه ملك عنهما عن ابن عمر هكذا ذكره الحافظ ابو جعفر الطحاوى وقال ابن تيميه

في المنتقى الصحيح من قوله عدة الحرة ثلث حيض وعدة الامة حيضتان وكذا ذكره المنذري وابو الفرج في التحقيق وقال الضيا محمد بن عبد الواحد المقدسي صح ذلك عنه وانما الضعف في رفعه وروى الحافظ ابو جعفر باسناده عن قبيصة بن ذؤيب انه سمع زيد ابن ثابت يقول عدة الامة حيضتان فبطل تعلقهم بقول زيد بن ثابت لاضطرابه والدليل السادس قال الشيخ ابو بكر الرازي اجمعت الامة على ان الاستبرا بحيضة في حديث ابي سعيد الخدري في سبايا اوطاس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه احمد وابو داود ومعلوم ان اصل العدة موضوع للاستبرا ولتعرف براة الرحم والحيضة الثانية لحرمة النكاح وشرفه والحيضة الثالثة لتفضل الحرية وشرفها والا فالحيضة الواحدة كافية لان الحامل لا تحيض لانسداد فم الرحم بالحمل ولما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم استبرا الامة بحيضة دون طهر وجب ان تكون العدة بالحيض دون الاطهار اذ كل واحد منهما في الاصل لتعرف براة الرحم من الحمل كيلا يسقي زرع غيره بمايه ولما فيه من اشتباه الانساب بما عرف وفي التنبيه الامة تستبرا بحيضة في اصح القولين وبطهر في القول الاخر وهذا قول مصادم للاجماع ۝

والدليل السابع قال عمر رضي الله عنه بحضرة اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لو قدرت ان اجعل عدة الامة حيضة ونصفا لفعلت ولما امكن التنصيف في بدلها جعله شهرا ونصفا قال صاحب المغني وهو قول عمر وعلي وابن عمر

وبه قال ابن المسيب وسالم والشعبي والثوري وقول للشافعي واحدى الروايتين عن ابن حنبل وقال عطا والزهري واسحق وقول للشافعي ورواية عن ابن حنبل انها شهران كالحيضتين وروي ذلك عن البصري والنخعي ومجاهد وعمر بن عبد العزيز ويحيى ابن سعيد الانصاري وربيعة ومالك والقول الثالث ان عدتها ثلثة اشهر وهو قول للشافعي ورواية لابن حنبل وفيه مخالفة للسلف باحداث قول ثالث وتخطيهم وخروج الحق عنهم وهو شر جابر على المختار وفيه زيادة على عدة الوفاة واما ان عدتها حيضتان فهو قول عمر وعلي وابن عمر وبه قال ابن المسيب وعطا وعبد الله بن عتبة والقاسم وسالم وزيد بن اسلم والزهري وقتادة والثوري ومالك والشافعي واحمد وابو ثور ذكره في المغني ونقله عن مالك والشافعي غلط لكن غلط باتباع ابن المنذر فنقله من الاشراف نقل مسطره كما يتبع ابن الحاجب الزمخشري في المفصل في غلطه وهو قول اكثر اهل العلم وعن ابن سيرين ان عدتها عدة الحرة وهو قول داود الظاهري قال الحافظ ابو جعفر الطحاوي فلما كان ما على الامة من العدة هو الحيض لا الاطهار وهو نصف ما على الحرة ثبت قول الذين ذهبوا في الاقرا الى انها الحيض وبطل قول مخالفيهم والدليل الثامن ذكره ابن تيمية في المنتقى عن عايشة رضي الله عنها قالت امرت بريرة ان تعتد بثلث حيض وعزاه الى ابن ماجه صاحب احد الكتب الستة وعن ابن عباس امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بريرة ان تعتد

عدة الحرة ذكره ابو البركات بن تيميه فى المنتقى وعزاه الى احمد والدار قطنى
وقد سبق ان عدتها ثلث حيض وهى كانت حرة وهو نص من رسول الله
صلى الله عليه وسلم على ان عدة الحرة ابدا ثلث والدليل التاسع
الترجيح وذلك ان السر فى وجوب العدة معرفه فراغ الرحم عن
الشغل والحيض هو الذى جعله الشرع علما على فراغه دون الطهر
ولهذا لو كانت ممتدة الطهر لا اعتبار بالاطهار فى حقها حتى يدخل
سن الاياس والطهر يدل على الشغل دون الفراغ والخلو فكان
الحيض اولى بالاعتبار والدليل العاشر انهم قالوا اشتراط
اربعة اقرا والقول بعدمها اولى القولين بيانه انها لو طلقت
فى اول الطهر يعتد به قرا عندهم فيحتاج بعده الى طهرين وحيضه
فيصير اربعه اقرا وهو خلاف النص لانها اذا رات الدم من
الحيضه الثالثه لا تنقضى عدتها حتى يتم يوم وليله اقل مدة
الحيض عندهم رواه البويطى عن الشافعى وعندنا يطلقها فى
اخر الطهر ولا اعتبار بذلك الجزء فى العدة فلم يكن الا ثلث حيض
والدليل الحادى عشر ان مذهبنا احوط والاخذ به اولى
لان الله سبحانه اوجب عليها العدة بثلثه قروء بنص الكتاب
فاذا لم تات بثلث حيض لم تخرج عن العهدة على تقدير ارادة
الحيض وعلى تقدير ارادة الاطهار بها فالاطهار موجوده فى الحيض
بالتفسير الذى ذكروه والدليل الثانى عشر فى ابطال
مذهبهم انه لو جاز ان يكون بقيه الطهر الذى وقع فيها الطلاق
قرا تاما لجاز ان يقضى العدة ببعض الطهر الثالث والتفرقه بينهما

بحكم وشغب والدليل الثالث عشر ان العدة انما تجب عليها بعد
الطلاق لانه سبب وجوبها فاذا طلقها فى اخر جزء الطهر وحاضت
عقيبه من غير فصل وجب ان تكون تلك الحيضه ابتداء عدتها لاستحاله
ان تكون العدة واجبه قبل الطلاق او حال وقوعه ولم يعتبر احد
فى وجود الحيض ان يكون عقيب الطلاق او متراخيا عنه فاوجب ذلك
ان يكون الحيض هو المعتد به فى الاقراء دون الطهر والدليل الرابع عشر
زعموا ان وجوب العدة تعبد غير معقول المعنى هكذا ذكره ابو بكر
ابن العربى فاذا وجبت بالاطهار لم يكن معقوله المعنى واذا كانت
بالحيض كانت معقوله المعنى لما ذكرناه والاصل ان تكون
الاحكام الشرعيه معقوله الحكمه والمعنى والتعبد على خلاف الاصل
بيان انها معقولة التفرقه بين الدخول وعدمه ووجوبها فى
النكاح الفاسد بعد الدخول بالوطء بالشبهه ومنع سقى زرع
الغير معقول وتضييع الانساب حرام وهذا معقول والدليل
الخامس عشر ذكر ابو على الحسن بن يحيى الجرجانى فى كتاب ضروب نظم
القران ان قوله تعالى ذكره والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثه
قروء جاءت الايه مجىء العموم خص الله تعالى من هذا العموم خصوصا
جاء فى الايسة منه وان لم يكن بلفظه لانه مختص مما قبله فقال
واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثه اشهر
ومثله واللائى لم يحضن ووجه الكلام فى مجاز العربيه وسياق
التاليف والنظم ان يكون المخصوص من الشىء فى مثل معناه ومن
جنسه وان كان الحكمان فيهما مختلفين والمراه لا تخلو فى دهرها من

حالين الطهر والحيض والتي لا تحيض من صغر او كبر لها حال واحدة
وهي الطهر فلما قال عز وجل بعد ذكر ما الزم المطلقة من العدة واللائي
يئسن من المحيض واللائي لم يحضن فذكر الحيض وليس الحيض من
جنس الطهر في المعنى كان في ذلك دليل على ان العموم الذي استثنى
منه هذا الخصوص مثله ومن جنسه لان قوله ثلثة اشهر
بدل وعوض من زوال الحيض وعدمه فلو كان الطهر ظرفا للعدة
التي اوجبها الله وهي مرور الايام والليالي او حالا لها لوجب
ان يوضع مكان الحيض الذي ذكره الله عند ما خص واستثنى الطهر
اذ معنى العدة فيه وهو ظرف لها ولو لم يكن الحيض ظرفا للعدة
وعلامة لاعدادها الموقتة لم يكن لذكره في الاختصاص والاستثنا
معنى ولاستحال وضعه فيهما بموضع شرط ارصد له جزا وعنه عوض
بدل وهذا كلام ان كان في معناه غموض فانه اذا مثل انبسط معناه
وتمثيله ان يقول الرجل لغلمانه البالغ منكم القوة يستقي كل
يوم مايه جرة فهذا عموم ايجاب منه عليهم فان اختص منه او
استثنى وجب ان يقول فمن لم يمكنه الاستقا وضعف عنه فعليه
درهم لان اخر الكلام من جنس اوله ومطابق له فلو وضع موضع
هذا الكلام غيره فقال فمن لم يكن له مال او ليس عنده ثوب
فعليه درهم كان قد فاوت بين القولين وباعد بين المعنيين اذ
لم يكن المخصوص من جنس العموم ومعناه وصار كانه كلام مستانف
ومنقطع عما قبله لان العادة الجارية في مجاز العربية اذا اوجب
شي في حال بعينها ثم اريد ابدال ما اوجب فيها بعلة زوال تلك

الحال لم يجز ذكر زوال غيرها ففي هذا دليل على ان معنى القرء وتاويلها
الحيض لذكره تعالى الحيض عند اختصاصه واستثنايه منها لانه
لو كان اوجب ان يكون العدة طهرا في ذكر القرء ثم اضرب عن ذكره
في الموضع الذي اوجب العوض منه اذا عدم وذكر عدمه من الحيض
الذي هو ضده لدخل في تاليف ذلك من الاستكراه وتفاوت
المعنى ما دخل فيما مثلت والدليل السادس عشر وهو لو
انه كان اوجب ان يكون العدة الطهر ثم جعل البدل طهرا لم يكن
للواجب الذي عدم وابدل منه فوت اذ الطهر الذي جعله بدلا
مثل الطهر الذي عدم لانهما سوا في زوال الحيض فيهما بل البدل
احرى من الاصل اذ لا يعرض خلاله حيض والاصل الذي عيض منه
طهر خلاله حيض ولا معنى للحيض عندهم في العدة والدليل
السابع عشر وهو ما اجمعت عليه الامة ان المعتدة التي لا تحيض
اذا اعتدت بشهرين وتسعة وعشرين يوما ثم رات الدم ان
عدتها بالشهور تبطل ويلزمها استقبال العدة فان كان العدة
هي الاطهار فقد جاءت بالاطهار ثلاثة اشهر الا يوما واحدا فلم
ابطلت برويه يوم واحد دما ان لم يكن الحيض من العدة في شي
وكانت العدة هي الطهر واذا ابطلوا طهرها المتقدم الذي جاءت به
طهرا نقيا لا حيض فيه وامروا باستقبال الاطهار خلالها حيض
فما العلة في ذلك لولا ان الحيض هو العدة التي امر الله بها اذ الشي
الذي لا معنى له في الشي لا يزيله ولا يغيره عن حاله فلما اجمعوا على
ان الحيض ينقض ما تقدمه من الطهر البدل كان في ذلك دلالة على

ان عدتها صارت الحيض الذى هو الاصل فلذلك ابطل ما قبله من
الطهر الذى جعله بدلا من الحيض والدليل الثامن عشر قوله
تعالى واللاء يئسن من المحيض واللاء لم يحضن فقد نص على الحيض
فى مكانين وذكر اليأس عنه فى الثالث ونقل الى البدل عند العجز
عنه فدل على انه الواجب الاصل فى العدة فصار كالتيمم فلا
يكون الطهر من العدة بعد ذلك بالاجماع ولان المشترك لا
يعم فى الايجاب واعترض ابو عمر بن عبد البر على قول اصحابنا
ان استبرا الامة بحيضة بالاجماع فقال ليس كما ظنوا بل
جائز عندنا ان ينكح اذا دخلت فى الحيضة واستيقنت ان دمها
دم حيض قال كذا قال اسمعيل بن اسحق ليحيى بن اكثم حين
دخل عليه فى مناظرته قلنا هذا مردود بقوله عليه السلام
ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة وقد تقدم وهى للكاملة حتى
لو قال انت طالق اذا حضت حيضة لا تقع حتى تحيض وتدخل
فى الطهر بخلاف قوله اذا حضت ولا اعتبار بقول من قال ذلك
والدليل التاسع عشر روى ان امراة ثابت بن قيس اختلعت
من زوجها فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم عدتها بحيضة
رواه النسائى وقضى بذلك عثمان رضى الله عنه رواه النسائى
وابن ماجه وهو مذهب عثمان وابن عمر وابن عباس وابان
واسحق واختاره ابن المنذر وهو نص فى اعتبار العدة بالحيض
ونحن زدنا فى العدد والزيادة من العدل مقبوله ودل على ذلك
اطلاق المطلقات فى الكتاب العزيز وقد خالفهم الزهرى فى

الاعتداد بالطهر الذى وقع فيه الطلاق واوجب ثلثة اقراء غيره
وقال ابو عبيد ان كان وطئها فيه لم تعتد به كالحيضة التى وقع
فيها الطلاق بالاجماع والدليل الموفى عشرين فى الزام
مالك ذكر فى المقدمات عن مالك ان الكتابية اذا مات زوجها
بعد الدخول تعتد بثلث حيض فى قول فقد اوجب العدة على
الحرة فى النكاح بالحيض الثلث ولم تعتبر فيها الاطهار والدليل
الحادى والعشرون يقال قرا النجم اذا انتقل والدم هو
الذى ينتقل دون الطهر ذكره فى المبسوط والمنافع قوله
وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر لقوله تعالى
واللاء يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة
اشهر وهو اجماع فى الصغيرة والتى بلغت بالسن ولم تحض لقوله
تعالى واللاء لم يحضن اى واللاء لم يحضن كذلك اى فعدتهن
ثلثة اشهر فحذف المبتدا والخبر لدلالة ما تقدم عليهما قال
فى الجامع الصغير امراة اتت عليها ثلثون سنة ولم تحض فعدتها
بالاشهر وكذا لو رات دما يوما او يومين لانه ليس بدم حيض
وفى المحيط ما لم تدخل فى حد الاياس وفى جوامع الفقه فيما
دون الثلث تعتد بالشهور وهو الصحيح وفى الثلث بالحيض وقال
ابو بكر بن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم ان الصبية
او البالغ المطلقة التى لم تحض كذلك الا ان تحيض قبل انقضا
الشهور الثلثة بيوم او اقل من يوم فان عليها استيناف العدة
بالحيض قال وممن حفظنا ذلك عنه سعيد بن المسيب ومجاهد

والزهري والشعبي والنخعي والثوري وملك واهل المدينة
واهل الكوفة والبصري وقتادة ومن تبعهما من اهل البصرة
والشافعي وابن حنبل واسحق وابو عبيد وفي المغني اذا بلغت
خمس عشرة ولم تحض عند ابي يوسف ومحمد والشافعي وابن
حنبل او سبع عشرة عند ابي حنيفة وملك فعدتها ثلاثة
اشهر عندهم وضعف ابو بكر من الحنابلة الرواية المخالفة
لذلك عن احمد وهي انها تعتد بسنة اختلفوا في قوله تعالى
ان ارتبتم قيل ان ارتبتم في المسنة فعدتهن ثلثة اشهر والآيسة
ايضا كانت تعتد بالاشهر وقالت الشيعة ان ارتبتم
في حال المراة ويأسها وان قطعت على اليأس فلا عدة عليها
وقيل ان ارتبتم فلا تدرون الكبر انقطع حيضهن ام لعارض
فعدتهن ثلثة اشهر فهذه من المرتاب بها وفي المبسوط
وقال ملك المراد ارتياب المراة في حال نفسها انها لا تحيض
بعد هذا او لا حتى اذا ارتابت تربصت سنة ثم اعتدت بثلثة
اشهر ولكنا نقول لما نزل قوله تعالى ثلثة قروء قالوا فما عدة
من كانت ممن لا تحيض من صغر او كبر فارتابوا في ذلك فنزل
قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم وقد
فهموا من القرء الحيض وتقديره بسنة لا اصل له وفي المغني
اذا طلقها بعد ارتفاع حيضها ولا تدري ما رفعه تعتد بسنة
تسعة اشهر لتعلم براءة رحمها وثلثة اشهر عدة الآيسة يروى
ذلك عن عمر وهو قول ملك وابن حنبل واصح قولي الشافعي

وعنه تتربص اربع سنين ثم ثلثة اشهر وفي الجديد تكون في
العدة ابدا حتى تحيض او تبلغ سن الاياس فتعتد بثلثة اشهر
وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وطاوس والشعبي والنخعي والزهري
وابي الزناد وابي عبيد واهل العراق وهو قول اصحابنا وهو
مذهب علي وعثمان وزيد بن ثابت ذكره في البدائع ولا اعتداد
بالاشهر مع رجاء الحيض لو علمت سبب ارتفاعه من مرض
او رضاع او غيرهما ولو كان المراد ارتيابهن في الحيض كما
قال ملك لقال ان ارتبن واختاره اشهب من المالكية وان
كانت حاملا يعني المطلقة فعدتها ان تضع حملها اي انقضاء
عدتها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن
ولا نعلم فيه خلافا وكذا لو كان الحمل بالنكاح الفاسد او بالوطء
بالشبهة وان كانت امة فعدتها حيضتان وعند ملك والشافعي
قرآن وهما طهران والحديث حجة عليهما وقد تقدم سنده
وذكرنا من رواه وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف وهو
قول عمر وابن عمر وبه قال البصري والشعبي وسالم بن عبد الله
وعطاء وابن المسيب والثوري والشافعي وعنه شهران وعنه
ثلثة اشهر ذكرها في المنهاج وقال الزهري وابن حنبل
واسحق عدتها شهران كالحيضتين وقال مجاهد وعمر بن
عبد العزيز والنخعي ويحيى الانصاري وربيعة وملك ثلثة
اشهر ذكره في الاشراف والاعتداد بحيضتين قول عمر وابنه
وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وعبد الله بن عتبة

والزهري والشعبي والنخعي والثوري وملك واهل المدينة
واهل الكوفه والبصري وقتاده ومن تبعهما من اهل البصرة
والشافعي وابن حنبل واسحق وابو عبيد وفي المغني اذا بلغت
خمس عشرة ولم تحض عند ابي يوسف ومحمد والشافعي وابن
حنبل او سبع عشرة عند ابي حنيفه وملك فعدتها ثلاثة
اشهر عندهم وضعف ابو بكر من الحنابلة الروايه المخالفه
لذلك عن احمد وهي انها تعتد بسنة اختلفوا في قوله تعالى
ان ارتبتم قيل ان ارتبتم في المسنة فعدتهن ثلثة اشهر والايسة
لمن كانت تعتد بالاشهر وقالت الشيعه ان ارتبتم
في حال المراه ويأسها وان قطعت على الياس فلا عدة عليها
وقيل ان ارتبتم فلا تدرون الكبر انقطع حيضهن ام لعارض
فعدتهن ثلثه اشهر فهذه هي المرتاب بها وفي المبسوط
وقال ملك المراد ارتياب المراه في حال نفسها انها لا تحيض
بعد هذا ولا حتى اذا ارتابت تربصت سنه ثم اعتدت بثلثه
اشهر ولكنا نقول لما نزل قوله تعالى ثلثه قروء قالوا فيما بينهم
فان كانت ممن لا تحيض من صغر او كبر فارتابوا في ذلك فنزل
قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم وقد
فهموا من القرء الحيض وتقديره بسنه لا اصل له وفي المغني
اذا طلقها بعد ارتفاع حيضها ولا تدري ما رفعه تعتد بسنه
تسعه اشهر لتعلم براءة رحمها وثلثه اشهر عدة الايسة يروى
ذلك عن عمر وهو قول ملك وابن حنبل واصح قولي الشافعي

وعنه يتربص اربع سنين ثم ثلثه اشهر وفي الجديد تكون في
العدة ابدا حتى تحيض او تبلغ سن الاياس فتعتد بثلثه اشهر
وهذا قول جابر بن زيد وعطا وطاوس والشعبي والنخعي والزهري
وابي الزناد وابي عبيد واهل العراق وهو قول اصحابنا وهو
مذهب علي وعثمان وزيد بن ثابت ذكره في البدائع ولا اعتداد
بالاشهر مع رجا الحيض كما لو علمت سبب ارتفاعه من مرض
او رضاع او غيرهما ولو كان المراد ارتيابهن في الحيض كما
قال ملك لقال ان ارتبن واختاره اشهب من المالكيه وان
كانت حاملا يعني المطلقه فعدتها ان تضع حملها اي انقضا
عدتها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن
ولا نعلم فيه خلافا وكذا لو كان الحمل بالنكاح الفاسد او بالوطء
بالشبهه وان كانت امه فعدتها حيضتان وعند ملك والشافعي
قرآن وهما طهران والحديث حجة عليهما وقد تقدم سنده
وذكرنا من رواه وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف وهو
قول عمر وابن عمر وبه قال البصري والشعبي وسالم بن عبد الله
وعطا وابن المسيب والثوري والشافعي وعنه شهران وعنه
ثلثه اشهر ذكرها في المنهاج وقال الزهري وابن حنبل
واسحق عدتها شهران كالحيضتين وقال مجاهد وعمر بن
عبد العزيز والنخعي ويحيى الانصاري وربيعه وملك ثلثه
اشهر ذكره في الاشراف والاعتداد بحيضتين قول عمر وابنه
وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطا وعبد الله بن عتبه

وسالم والقسم والزهري وقتاده وزيد بن اسلم وملك والثوري
والشافعي واحمد واسحق ذكره ابن المنذر في الاشراف ونقله
عن ملك والشافعي غلط وقال ابن سيرين ما ارى عده الامه
الا كعده الحره الا ان يكون في ذلك سنه فان السنه احق ان
يتبع قوله وعده الحره في الوفاه اربعه اشهر وعشر
مسلمه كانت او كتابيه تحت مسلم قبل الدخول وبعده صغيره
كانت او كبيره او ايسه وكان زوجها حرا او عبدا وهو قول
عامه اهل العلم وقال ملك يشترط معها حيضه في المدخول
بها مع ان الحامل تحيض عنده وخالف مالكا في اشتراط الحيضه
اشهب وابن الماجشون وسحنون ذكره ابن رشد في المقدمات
واختلف قول ملك في الكتابيه اذا مات زوجها عنها هل
تعتد كالمسلمه او بثلث حيض فهل تستبرا بثلاث حيض
اذا حصل الثلاث كلها استبرا لانها غير مخاطبه بشرايع الاسلام
على قول ومن ذهب منهم الى ان الاستبرا يحصل بحيضه والحيضتان
عباده قال هنا تستبرا بحيضه ان كانت مدخولا بها وان
لم تكن فلا عده عليها في الوفاه ولا في الطلاق واسقاط العده
عنها في الوفاه حكاه عنه ابن الجلاب وان كانت صغيره او ايسه
او قبل الدخول حلت بمضي المده وفي المدونه من دخل بزوجته
ولا يوطا مثلها فلا عده عليها من طلاقه والنصرانيه قبل البنا
بها لا عده عليها لوفاه ولا طلاق واتباع الكتاب والسنه حتم
ولم يرد فيهما اشتراط حيضه مع المده المذكوره فيهما قال

الله سبحانه والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن
بانفسهن اربعة اشهر وعشرا ولم يفرق بين الصغيره والكبيره
والكبيره والمسلمه والكتابيه والمدخول بها وغير المدخول
بها وقال عليه السلام لا يحل لامراه تومن بالله واليوم
الاخر ان تحد على ميت فوق ثلث الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا
متفق عليه ولو اعتبر الحيض في حقها لاعتبر ثلثه قروء كالمطلقه
ولان الاستبرا بحيضه انما يكون في الاماء دون الحراير والعشر
عشر ليال وعشره ايام عند الجمهور وقال الاوزاعي عشر
ليال وتسعة ايام ويتوفون بفعل ما لم يسم فاعله ويتوفى متعد
قال الله تعالى الله يتوفى الانفس حين موتها وقال قل يتوفاكم
ملك الموت الذي وكل بكم وحكي ان انسانا سال عن جنازه من
المتوفي فقال علي رضي الله عنه هو الله سبحانه ثم قال لابي الاسود
الدؤلي انح لهم يا ابا الاسود فكان ذلك سبب وضع النحو ثم
انه رضي الله عنه قرا والذين يتوفون منكم بفتح اليا على البنا
للفاعل واجاب صاحب الكشاف ان معناه يستوفون اجالهم
وانما حذفت التا من عشرا لان التاريخ بالليالي وعده
الامه شهران وخمسة ايام وهو مذهب الايمه الاربعه واصحابهم
وعن ابن سيرين وداود الظاهري ان عدتها عده الحراير وقال
يحيى بن سعيد ان كانت الامه لم تحض اعتدت في وفاه زوجها
عده الحراير الا ان تحيض حيضه قبل شهرين وخمس ليال فذلك
يكفيها للجمهور ان الرق منصف على ما عرف وان كانت حاملا

فعدتها ان تضع حملها واجمع اهل العلم في جميع الاقطار والاعصار
على ان المطلقه والمتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملاً ان عدتها
تنقضي بوضع حملها كانت حرة او امة وفي البدايع في الوفاه
والطلاق والفسخ من النكاح الصحيح والفاسد والوطي بالشبهه
خلاف الزنا ولا يطاها حتى تضع الا ان يكون منه وقال علي
رضي الله عنه في روايه انها تعتد با بعد الاجلين وكذا عن ابن عباس
وقاله ابو السنابل بن بعكك في حياة رسول الله صلى الله
عليه وسلم فرد عليه وسنذكره بسنده قال صاحب
الكتاب لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن
حملهن وقد اريد بالمطلق غير المتوفى عنها زوجها كالمطلقات
وغيرهن والمطلق لا عموم له وقال عبد الله بن مسعود رضي الله
عنه من شا لاعنته لانزلت سورة النسا القصرى بعد
الاربعة الاشهر وعشرا اخرجه ابو داود والنساي وابن ماجه
واراد بها سورة الطلاق وان نزولها بعد نزول سورة البقرة
فحمل اهل العلم اية سورة البقرة على الحوايل وهذه على الحوامل
والتخصيص اولى من دعوى النسخ ويروى باهلته وهو بمعناها
واستدلوا ايضا بحديث سبيعة بنت الحرث الاسلمية وكانت
تحت سعد بن خولة من بني عامر بن لوي وكان شهد بدرا فتوفي
عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تنشب ان وضعت حملها
بعد وفاته فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها
ابو السنابل بن بعكك من بني عبد الدار فقال لها ما لي

اراك متجملة لعلك ترجين النكاح انك والله ما انت بناكح حتى
تمر عليك اربعة اشهر وعشر قالت سبيعة فلما قال لي
ذلك جمعت علي ثيابي حين امسيت فاتيت رسول الله صلى الله
عليه وسلم فسالته عن ذلك فافتاني باني قد حللت حين وضعت
حملي وامرني بالتزوج ان بدا لي رواه البخاري ومسلم وابو داود
والنساي وابن ماجه والسنابل جمع سنبله واسمه لبيد
وقيل عمرو وحكي قولها عن سحنون من اصحاب مالك وقد روي
عن ابن عباس الرجوع الى حديث سبيعه ويدل عليه ان اصحابه
كعطا وعكرمه وجابر بن زيد قالوا لو وضعت بعد موته
بساعه حلت للازواج وقال ابو جعفر النحاس لولاه لكان
القياس الجمع بين الاجلين ما لا يتسر وكان وضعها بعد موته
بعشر ليال وعن مالك بعد نصف شهر وقال البخاري بعد
اربعين ليله وفي البدايع ببضع وعشرين ليلة وكره الحسن
البصري والشعبي ان ينكح في دمها وحكي عن حماد واسحق ان عدتها
لا تنقضي حتى تطهر من نفاسها واباه ساير الناس وقالوا لو وضعته
بعد ساعه من وفاته حلت للازواج ولكن لا يطاها حتى تطهر
وتغتسل عند البعض كما لو تزوج حاملا من الزنا وكالمحرم فان كان
حملها اثنين لا تنقضي عدتها الا بوضعهما عند عامة اهل العلم
وقال ابو قلابه وعكرمه تنقضي بوضع الاول ولا تتزوج الا
بعد وضع الاول ولا تتزوج الا بعد وضع الثاني وهو قول شاذ
يخالف لظاهر الكتاب وعن ابي بن كعب قال قلت يا رسول الله

وان لات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن للمطلقة ثلثا او المتوفى عنها
قال هي للمطلقة ثلثا وللمتوفى عنها رواه الدارقطني وعبد الله بن
احمد في المسند عن غير ابيه وعن الزبير بن العوام ان ام كلثوم بنت
عقبة كانت تحته فقالت له وهي حامل طيب نفسي بتطليقة فطلقها
تطليقة ثم خرج للصلاة فرجع وقد وضعت فقال لها خدعتني خدعها
الله ثم اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سبق الكتاب اجله
اخطبها الى نفسها رواه ابن ماجه ولا عدة على الزانية عندنا
وهو قول الثوري والشافعي وروي ذلك عن ابي بكر وعمر وروي عن
الحسن والنخعي وابن حنبل ان الزنى كالوطء بالشبهة وبالنكاح الفاسد
وهو بعيد لان النسب يثبت فيهما ولا يثبت بالزنا وعنه انها
تستبرا بحيضة ويروى ذلك ايضا عن ملك وفي المحيط الوطء
في نكاح الفضولي لا يوجب العدة بخلاف النكاح الفاسد والوطء
بالشبهة لان نكاح الفضولي لم ينعقد في حق حكمه فلا يورث شبهة
واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين عند ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف ثلث حيض او ثلثة اشهر ان كانت
لا تحيض هذا اذا كان الطلاق ثلثا او ثنتين بائنتين او واحدة بائنة
ولم يكن بسوالها وان كان واحدة رجعية او رجعيتين فعليها عدة
الوفاة بالاجماع قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل
العلم على هذا لانها كانت زوجة عند وفاته والقياس قول ابي يوسف
وبه قال ملك والشافعي وابو عبيد وابو ثور لان العدة وجبت
في حياته وهي مبانة والارث في شبهة النكاح لقصد الفرار ولو ارتد

وقتل على ردته او مات ترثه امراته وعدتها على هذا الخلاف وقيل
عدتها بالحيض بالاجماع لانه جعل زائلا قبل الردة فتجب العدة بالحيض
ولم يجعل باقيا الى وقت موته كيلا يكون فيه توريث المسلمة من الكافر
وياتي المسالة في السير وما فيه من اختلاف العلما فان اعتقت الامة
في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر وان اعتقت
وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها لقيام الزوجية
في الاولى وانقطاعها في الثانية وهذا قول الحسن والشعبي والضحاك
واسحق وابن حنبل وفي المنهاج تكمل في الرجعية في الاظهر ولا تكمل
في البائن في الاظهر وعند ملك لا تكمل فيهما وهو قول ابي ثور ويروى
عن عطا والزهري وقتادة انه تكمل فيهما اعتبارا بحال اعتدادها
كالحد وهذا بخلاف ما لو آلى منها ثم ابانها ثم اعتقها سيدها بعد
مدة ايلائها مدة ايلاء الحرائر ولا فرق فيه بين الرجعي والبائن والفرق
ان البينونة ليست من احكام الايلاء فالبائن والرجعي فيه سوا
بخلاف العدة فانها مسببة عن الطلاق وهي متعقبة معتبرة بها
صفته ولان في زيادة مدة العدة بالعتق اضرارا بها لمنعها من
التزوج في العدة وليس في زيادة مدة الايلا بالعتق اضرار بها
فلهذا كان المعتبر حصول العتق مع بقاء المدة قوله
وان كانت ايسة فاعتدت بالشهور ثم رات الدم انتقض ما
مضى من عدتها وعليها ان تعتد بالحيض وتستانف العدة
وهو تجوز في العبارة لانها لا تحيض بعد ما ايست وانما كان ذلك
لابرهيم عليه السلام اذ كان عمره عند البشارة باسحق مائة سنة

وعمر زوجته الوالد ثمانيا وسبعين سنه وعمر زكريا ضعفا
وتسعين سنه وامراته عاقرا عجوزا وقيل ولد يحيى بعد البشاره
بخمس سنين قيل كان قائل يحيى ولد زنا وكذا قائل الحسن ومعنى
ما ذكرا ذا راته على العاده لان عوده يبطل الاياس هو الصحيح
نبطها انه لم يكن خلفا اذ شرط الخلفيه تحقق الاياس وذلك
باستدامه العجز الى الممات كالفديه في حق الشيخ الفاني فاذا
حاضت يتبين انها لم تكن آيسه بل كانت ممتده الطهر وهذا
على قول من لا يوقت للاياس وقتا بل يظن انها ايست ثم يعلمه
بخلافه فتستانف العده بالحيض حكاه الجصاص وفي الذخيره
الشهور بدل عن الحيض فيمن لا تحيض لصغر او كبر او فقد حيض قال
يريد به الايسه ومثله في الينابيع وفيه نظر ولا تقدير بالسنين
في حق الايسه في روايه واياسها على هذه الروايه ان يبلغ من السن
ما لا يحيض مثلها فاذا بلغت ذلك وانقطع الدم حكم باياسها فان
رات بعد ذلك دما كان حيضا في حق بطلان الاعتداد بالاشهر
وفي حق فساد النكاح وفي روايه فيها تقدير واختلف الاقوال
فيه قال الصدر الشهيد المختار خمس وخمسون سنه وعليه
اكثر المشايخ وفي المنافع وعليه الفتوى فان رات دما بعد
ذلك هل يكون حيضا على هذه الروايه فقد اختلف المشايخ
فيما بينهم قال بعضهم لا يكون حيضا ولا يبطل به الاعتداد
بالاشهر ولا يثبت به فساد الانكحه وقيل يكون حيضا
ويبطل به الانكحه والاعتداد بالاشهر لوجود النص بخلاف

الاجتهاد وقيل ان كان قد حكم حاكم بصحة نكاحها ثم رات
الدم لا ينقض بفساد ذلك النكاح وكان حسام الدين الشهيد
يفتي ببطلان هذا النكاح وان قضى بجوازه وقيل انما يكون
حيضا بعد ذلك اذا راته اسود او احمر فان كان اخضر
او اصفر فلا اعتبار وفي الاسبيجابي قال محمد بن مقاتل الرازي
حد الايسه ان ياتي عليها خمسون سنه لما روي عن عايشه
رضي الله عنها انها قالت اذا بلغت المراه خمسين سنه لا ترى
قرة عين اي لا تلد وقال بعضهم ستون سنه وروي لا تلد
لستين الا قرشيه وقال ابو القسم الصفار سبعون سنه
فاذا رات الدم بعد ذلك لا يكون حيضا كالدم الذي تراه الصغيره
وعلى روايه عدم التقدير لو اعتدت بالاشهر ثم رات الدم لا يبطل
الاشهر وهو المختار عندنا ذكره الاسبيجابي وقدره محمد في الروميات
خمسا وخمسين سنه وفي غيرهن ستين سنه وعنه انه سبعين
رات دما كان حيضا اذا لم يكن عرايه وفي المرغيناني لو
اشترى زوجته وقد ولدت منه فاعتقها فعليها ثلاث
حيض حيضتان من فرقه النكاح يجتنب فيهما ما تجتنبه المطلقه
وحيضه من العتق لا يجتنب فيها ما تجتنبه المبانه فالحيضتان
الاوليان لفساد النكاح وللعتق يجب فيهما الحداد ولا يجب
في الثالثه لانها للاعتاق ولها النفقه والكسوه ولا يحرم
نكاح اختها او اربع سواها ولو طلقها طلقه بائنه او ثنتين
بائنتين ثم وطيها بعد ما حاضت حيضتين تستانف العده فالثانيه

والثالثه عدة الوطي لا يقع فيها طلاقه ولا تستحق فيها النفقه
لانها عدة الوطي لا عدة الطلاق وقد يجب على المعتده اربع عدد
وصورتها الامه الصغيره طلقها زوجها رجعيا فتعتد بشهر ونصف
فان حاضت فيها تنتقل الى حيضتين فان اعتقها مولاها في العده
تصير عدتها ثلث حيض فان مات زوجها تنتقل عدتها اربعة
اشهر وعشرا ولو حاضت حيضة او حيضتين ثم ايست اعتدت
بالشهور ولا تبني على الحيض لان الجمع بين الاصل والبدل لا يجوز
والموطوءه بالنكاح الفاسد والشبهه عدتها الحيض في الفرقه
والموت كالمطلقه وهو قول الشافعي وابن حنبل ذكره في المغني
وقد تقدمت المسله وفي الوسيط في الجديد اذا انقطع دمها
تتربص الى سن الياس وفيه قولان احدهما اقصى مدة امراة في
دهرها مما يعرف في الصرود والجروم الصرود البلاد البارده
والجروم البلاد الحاره والثاني تعتبر نساء عشيرتها من الاب والام
فان رات بعد الاعتداد بالاشهر ففيه ثلثة اقوال احدها يبطل
قبل النكاح وبعده والثاني قبله لا بعده والثالث لا يجب
الاستيناف فيهما وفي التنبيه تعتبر باياس اقاربها والثاني
اياس جميع النسا وكذا في المنهاج وقيل تقعد الى ان يعلم براءة رحمها
ثم تعتد بالشهور وفي قدر قعودها قولان احدهما تسعة اشهر
والثاني اربع سنين ثم تعتد ثلثة اشهر وفي المغني قال بعض
الشافعيه اثنين وستين سنه وعن ابن حنبل مدتها خمسون سنه
وعنه في العربيه ستون سنه وفي المدونه بلغت الحرة ثلثين سنه

ولم تحض فعدتها في الطلاق ثلثة اشهر قال مالك التي لم تحض
قط قبل الطلاق او الايسه من المحيض ترى الدم بعدما اخذت
في العده فلترجع الى عدة المحيض وتلغي الشهور وهذا ان قالت
النسا انه حيض وان قلن ليس بحيض او كانت في سن من لا تحيض
من بنات السبعين او الثمانين لم يكن ذلك حيضا وتمادت في
الاشهر وفي الينابيع ان حاضت ثم انقطع تصبر ستين سنه
وان كانت عادة امهاتها واخواتها انقطاعه قبل الستين تاخذ
بعاداتهن وان كانت بعد الستين لا تاخذ بها وتاخذ بالستين ذكره
ابو الليث وذهب ابن لبابه من المالكيه الى ان الصغيره التي
ليست في سن من تحيض ويومن الحمل منها لا عدة عليها وكذا
الكبيره التي انقطع عنها الحيض وقال انه مذهب داود الظاهري
قال صاحب المقدمات وهو شذوذ وفي التبصره قاله ابو محمد
عبد الوهاب قال وهذا صحيح وفيه عدة الامه حيضتان ومن
النكاح المجمع على فساده تعتد بثلث حيض وقيل بحيضه استبرا
وفي النكاح الصحيح اذا طرا عليه فسخ تستبرا بحيضه والاستبرا
لا يعرف في الشرع الا في ملك اليمين وكيف يكون الاستبرا في
النكاح الفاسد بثلث حيض وفي النكاح الصحيح بحيضه وهذا
خلف فان قيل لم تجوزوا تكميل العده بالحيض والاشهر لما في
ذلك التلفيق من الجمع بين الاصل والبدل وقد جوزتم ادا بعض
الصلاة بالوضوء وباقيها بالتيمم فقد جمعتم بين البدل والمبدل
وكذا جوزتم بنا الصلاة بالايما على الركوع والسجود عند العجز

اجاب في البدايع بان الممتنع كون الشي الواحد اصلا وبدلا
وهنا كذلك لان الحدث شي واحد وفصل الصلاه ليس من
هذا القبيل لان ذلك جمع بين البدل والمبدل وذلك جايز
لانه بدل ومبدل وهذا لا يحمل احداهما بالاخرى ابدا ومنهم
من قال ان الصلاه بالتيمم ليست ببدل عن الصلاه بالوضو
انما البدليه في الطهان وكذا الصلاه بالايما ليست بدلا عن
الصلاه بالركوع والسجود قال الصغاني الاياس
انقطاع الطمع والاياس بالكسر من الاعلام ومنه ايست المراة
تايس وهو مقلوب من يبس ييأس يأسا وييئس مثل حسب
يحسب ويحسب ومن الاول آيس من رحمة الله والآيسه
والصغيره ووزنه عفل وتافل وييئس فعل واليأس فعل
وليسا مثل جبذ وجذب فانهما لغتان من غير قلب احدهما من
الاخر وانما حكم على ايس بالقلب لان اليا وقعت في موضع الاعلال
ولم تعل لانها تحركت وانفتح ما قبلها وقياسه ان تقلب الفا ولم
تقلب فحكم عليها بالقلب وكثر استعمال ييس قال الله تعالى
كما يئس الكفار وقال حكايه عن يعقوب عليه السلام ولا
تيئسوا من روح الله واللاي يئسن من المحيض وانكر ابو القسم
الحريري الاياس لان ايس مقلوب ولا يكون له مصدر ولا تصرف له
وانما مصدره الياس مصدر الاصل واياس عند المحققين مصدر
اسيته اي اعطيته من المواساة كعطا قوله واذا
مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وهو مذهب

عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وبه قال عطا واسحق والثوري
ذكر ذلك عنهم في المغني وقالت الايمه الثلثه تستبرا بحيضه
يروى ذلك عن ابن عمر وعايشه وعن سعيد بن المسيب وابي
عياض وابن سيرين وابن جبير ومجاهد وطاوس بن عمرو وعمر بن
عبد العزيز والزهري والاوزاعي واسحق ورواية عن ابن حنبل
انها تعتد باربعة اشهر وعشر رواه عمرو بن العاص عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم اخرجه ابو داود وعن طاوس وعطا عدتها
شهران وخمسه ايام وحديث عمرو ضعفوه وفي الوسيط ام الولد
اذا اعتقت بعد ثلثه اشهر اذا كانت ايسه كالحره ولم يجعلوها
في الوفاه كالحره مع مخالفه الصحابه وقال ابن قدامه ليس
لقول من قال تعتد بثلث حيض وجه وانما ذلك للمطلقه
قلت هذا اقدام عظيم من ابن قدامه على تزييف قول
عمر وعلي وابن مسعود وترك الادب معهم وقوله باطل ولا يختص
ذلك بالمطلقه فان في النكاح الفاسد والوطي بالشبهه تعتد
بثلث حيض بعد التفريق ولا طلاق ثمه وليس لقوله في الاستبرا
بحيضه وجه لولا قول ابن عمر وعايشه رضي الله عنهم لان الحره لا
تستبرا فكيف بحيضه وقال الاوزاعي عدتها في موت مولاها
اربعه اشهر وعشر وفي اعتاقه ثلاث حيض ذكره عنه ابن المنذر
في الاشراف وفي المسرعيناني تخرج ام الولد في عدم العتق عند
الظاهريه لا استبرا على ام الولد لا في العتق ولا في الموت وتزوج
من شاءت اذا لم تكن حاملا وان كانت حاملا فبالوضع وان كانت

ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر وعند الشافعي شهر وقيل ثلثة ذكر
ذلك في المنهاج وعن ابن حنبل شهران والاعتبار بالطهر الواحد
باطل لانه لا دلالة له على براءة الرحم فلا يعول عليه في الاستبراء وقد
جعلوا اخر الطهر الذي وقع فيه الطلاق قرءا ولم يجعلوا الطهر الذي
مات فيه سيدها قرءا وخالفوا الحديث والمعنى وفي احد قولي
الشافعي اذا مات السيد في حيضها تكفي الطهر الذي بعد تلك
الحيضة لانه كامل ولم يشترط الكمال في الطهر الذي طلقها فيه
ولو مات فيه لا تعتد به وفي الذخيرة اذا اعتق المولى ام ولده
او مات عنها فلا عدة عليها وهو اجماع هذا اذا كانت تحت زوج
او في عدة زوج لانه لا فراش للمولى ووجوب العدة بزواله فلو
طلقها الزوج بعد اعتاقها فعدتها عدة الحرائر وبانقضاء عدتها
من الزوج تعود عدة المولى ثلث حيض في العتق والموت فان مات
المولى والزوج ولا يدرى ايهما مات اولا وبين موتيهما شهران
وخمس ليال فصاعدا فعدتها اربعة اشهر وعشر تستكمل فيهن ثلث
حيض وفي الاقل تعتد باربعة اشهر وعشر لا تعتبر فيها الحيض وان
لم يعلم ما بين موتيهما ولا ايهما مات اولا فعدتها اربعة اشهر وعشرة
ايام لا حيض فيها عند ابي حنيفة وعندهما تستكمل فيها ثلث حيض
وفي المبسوط اذا لم يعلم ايهما مات اولا وبين موتيهما اقل من شهرين
وخمسة ايام فعليها اربعة اشهر وعشر من اخرهما موتا احتياطا ولا
معتبر بالحيض فيها لانا تيقنا بعدم العدة بالحيض فان المولى ان
مات اولا فقد مات وهي منكوحة الغير فلا عدة عليها منه

وان مات المولى اخرا فقد مات وهي معتدة من الزوج فلم تكن فراشا
للمولى ولكن من وجه عليها شهران وخمسة ايام وهو ما اذا مات
الزوج اولا ومن وجه عليها اربعة اشهر وعشرة ايام وهو ما اذا
مات المولى اولا فاخذنا بالاكثر احتياطا وان علم ان بين موتيهما
شهرين وخمسة ايام واكثر فعدتها اربعة اشهر وعشر ليال تستكمل
ثلث حيض فيها لانه ان مات الزوج اولا فقد انقضت عدتها
منه ثم مات المولى فعليها العدة بثلث حيض لانه مات بعد
ما صارت فراشا له وان مات المولى اولا فقد عتقت بموته ثم
عليها العدة بموت زوجها اربعة اشهر وعشر فجمعنا بين العدتين
احتياطا اما اذا لم يعلم كم كان بين موتيهما ولا ايهما مات اولا
فعند ابي حنيفة تعتد باربعة اشهر وعشر لا حيض فيهن وعندهما
تستكمل فيها ثلث حيض لابي حنيفة ان سبب وجوب العدة
بالحيض لم يوجد وهو زوال الفراش والاحتياط انما يكون بعد ظهور
سببه بيانه ان مات المولى اولا فهي منكوحة وان مات اخرا
فقد مات وهي معتدة من الزوج وفي فروق الكرابيسي المعتدة في
عدة الزوج تغسل زوجها ولا تغسل مولاها في عدته اذا كانت
ام ولد لانها ليست عدة النكاح بل هي استبراء وفي المنهاج لو
استبرأ المستولدة ثم اعتقها او مات عنها وجب في الاصح ولو
استبرأ امة موطوءة فاعتقها لم يجب وتتزوج في الحال قوله
واذا مات الصغير عن امرأته وبها حمل فعدتها ان تضع حملها هذا عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ومالك والشافعي وابن حنبل عدتها

اربعة اشهر وعشرة ايام وهو رواية عن ابن حنبل قال في المغني وعلى هذا الخلاف اذا طلق الكبير زوجته فاتت بولد غير سقط لاقل من ستة اشهر من حين العقد تعتد بالوضع عندهما وعندهم لا اعتبار به لهم انه حمل منفي عنه فلا تعتد بوضعه كما لو حدث الحمل بعد موت الصغير ولهما قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل ولان العدة في المتوفى عنها زوجها مقدرة بوضع الحمل وليست لتعرف براءة الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقرا بل لقضاء حق النكاح وفي هذا المعنى يشترك الصغير والكبير بخلاف الحمل الحادث بعد الموت لان العدة فيه وجبت بالاشهر فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه وجبت بوضع الحمل فافترقا ولا يلزم امراة الكبير اذا حدث بها الحمل بعد الموت اذ النسب يثبت منه فهو كالقايم عند الموت حكما وقوله حمل منفي عنه فلا تعتد بوضعه يبطل بعدة الملاعنة المنفي ولدها عندهم وفي المنهاج وتحصل بوضع ولد زنا في الاصح عند الشافعي وابن حنبل وفي الحواشي لا مفارقة بين امراة الصغير والكبير في ان الحادث بعد موتهما ليس منهما بل من الزنا او من الوطي بالشبهة او النكاح الفاسد ولا تعتبر به حكم العدة بل المراد بالحادث بعد الموت الذي تضعه بعد الموت لاكثر من ستة اشهر واقل من سنتين والفرق بينهما ان هناك يستند الى ما قبل الموت ويثبت نسبه فهو كالقايم عند الموت وفي امراة الصغير لا يستند العلوق الى ما قبل الموت لعدم امكان

ثبوت النسب منه فحكمنا بفراغ رحمها عند الموت حملا لامرها على الصلاح والزمناها العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل بعده ولا يثبت نسب الولد في الوجهين اي في الموجود عند الموت والحادث بعده لان الصغير لا يتصور منه العلوق لعدم مايه والنكاح انما يقام مقام الوطي المعلق في موضع التصور وفي الينابيع الخلاف فيما اذا وضعته لاقل من ستة اشهر بعد موت الصغير فان وضعته لستة اشهر فصاعدا تعتد اربعة اشهر وعشرا واذا طلق الرجل امراته في حال الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق بالاجماع بخلاف الطهر الذي وقع فيه الطلاق عند ملك والشافعي والحجة عليهما قد ذكرناها فيما تقدم ولان العدة مقدرة بثلث حيض كوامل فلا تنقص عنها ولهذا حرم الطلاق فيها لتطويل العدة عليها واذا وطيت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المراة من الحيض محتسبا به منهما جميعا فاذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل العدة الثانية فعليها تمام العدة الثانية وفي الينابيع الوطي بالشبهة الموجبة للعدة على انواع منها المزفوفة ومنها اذا طلقها ثلثا فتزوجها في العدة ووطيها ومنها لو وطي المطلقة ثلثا وقال ظننت انها تحل لي ومنها اذا طلقها بالكناية فوطيها في العدة ومنها اذا وطيت بشبهة ولها زوج فطلقها بعد ذلك الوطي ففي هذه المواضع يجب عليها عدتان وتتداخلان وتتاديان بعدة واحدة عندنا كما في الدينين سواء كانتا من رجل

واحدا او من رجلين وكانتا من جنس واحد او من جنسين كالمطلقه
اذا تزوجت في عدتها فوطيها الثاني وفرق بينهما وكالمتوفى
عنها زوجها اذا وطيت بشبهه وتحسب ما راته من الحيض
في الاشهر من عدة الوطي وكذا لو كانت حايلا في عدة الطلاق
فوطيت بشبهه فحملت او كانت حاملا في عدة الطلاق فوطيت
بشبهه قلت الشبهه في المطلقه الطلاق الثلث في
الفعل والشبهه في الفعل لا يثبت النسب بالوطي وان
ظنت انها تحل له واذا لم يثبت به النسب لا يجب به العده
وفي قول صاحب الينابيع نظر وفي الذخيره تزوج منكوحه
الغير وهو لا يعلم لا يجب العده بوطيها حتى لا يحرم على الزوج وطيها
وبه يفتى ذكره خواهرزاده وفي الجامع ان دخل بها الثاني
لم يقربها الاول حتى تنقضي عدتها للوطي بالشبهه وفي الفتاوى
ان دخل ولم يعلم انها منكوحه الغير يجب العده وان علم فلا عدة
عليها وقد ذكرناها في باب نكاح اهل الشرك واعدتها هنا
لانها امس به وفي الوسيط ان كانت العدتان من شخص واحد
بان طلقها ثم وطيها بالشبهه تداخلت العدتان اذا اتفقتا بان
لم يكن احبال وكانت من ذوات الاشهر او الاقرا فتعتد ثلثه
اشهر او اقراء وتنقضي العدتان ولو كان قد انقضى قرءان فوطيها
استانفت ثلثه اقراء واندرج القرء الثالث في القرء الاول
حتى تمادى الرجعة الى انقضاء القرء ثم لا رجعة له في القرءين
الباقيين لانهما من الوطي بالشبهه ولا يلحقها فيهما طلاق ولا

يجب فيه نفقة ولا يمنع من الخروج فيها وان اختلفتا بان كانت
احداهما بالحمل ففي تداخلهما وجهان احدهما التداخل كالمتفقتين
وهو الاصح والثاني لا وان كانت العدتان من شخصين بان طلقها
فوطيها غيره بالشبهه لم تتداخل العدتان ومثله عند ابن حنبل
وفي الجواهر العدتان المتفقتان بالقروء او بالاشهر تتداخل
اما من واحد بان يطاها المطلق في عدتها فيكفيها ثلثه قروء
من وقت الوطي وكذا في الاشهر واما من شخصين وذلك بان
تتزوج في عدتها غير المطلق ويفرق بينهما فان ثلث حيض تجزيها
من الزوجين جميعا من يوم فارقها الثاني وتتداخل العدتان ايضا
وان اختلفتا اذا كانت احداهما بالحمل تنقضي العدتان بالوضع وروى
اندراجها تحتها وان كان من الثاني وفي ايثار الانصاف
منكوحة وطيت بشبهه ثم طلقها زوجها او طلقها اولا فوطيت
في عدته بشبهه او توفي عنها زوجها فوطيت في العده بشبهه
فها هنا عدتان عدة الوطي وعدة الزوج وتنقضيان بزمان
واحد عندنا سوآ كانت من ذوات الاقرا او من ذوات الاشهر
والعده للاخره فان كانت احداهما بحمل انقضتا جميعا بوضعه
وعند الشافعي وابن حنبل ان كانتا بالاقرا او بالاشهر قدمت
السابقه ثم تشرع في الاخرى وان كانت احداهما بحمل قدمت ثم
تعود الى الاقرا مذهبنا قول معاذ بن جبل وجابر بن عبد الله
وهو المنصوص عند المالكيه سلكت الشافعيه في ذلك
طرايق اربعا الطريقة الاولى ان العدتين حقان مقصودان

لآدميين ثابتي الحرمة فلا تتداخلان كالدينين والحدين هذا لفظ
العراقيين ووافقهم اهل نيسابور واعتبروها بالمدتين في منافع
الاجارة اذ منافع الاجارة مستحقة للمستاجرين في مدة الاجارة
فكذا منفعتها في مدة العدة وتعلق بها اهل اصبهان وعبارتهم
من استوجب في غيره حقا منع من احاله من استحقاب سبب مثل
حقه فلم يادا ماله لكل واحدة كالمستاجرين في الاجارة والطريقة
الثانية الاعتبار بالصوم هي لجميعهم ولهم فيها عبارات هذا لبابها
والطريقة الثالثة لاوسط خراسان مرو وما والاها قالوا
الواجب المقدر لا يكفي بعضه عن كله وايضاحه ان هذه امراة
وجب عليها ستة اقرا فكيف تتاتى بثلثه وتسقطها النصف
وتكتفي بالبعض والطريقة الرابعة قول اهل ما وراء النهر
العدة الواجبة عليها فعل قال الله سبحانه والمطلقات يتربصن
بانفسهن ثلثة قروء فيقال اعتدت وتربصت وقد رددنا الفعل
بعد فلم يتصور وجود فعلين مقصودين في مدة متحدة كصومين
في يوم والانفصال عنهم قولهم العدة حق مقصود لادمي كالدينين
والحدين لا يصح فانها تنقضي بدون الكف وعلم الزوجين وذلك
اذا طلقها الزوج او مات عنها ولم تعلم بذلك الا بعد مضي المدة
حكم بانقضائها وبهذا يضعف جانب العبادة فيها والحق المقصود
لا يبطل بدون علم صاحب الحق واسقاطه واما تشبيههم بالدينين
فلا يصح لان الديون في المال دراهم ودنانير وعروض ومثليات
لا يصح فيها التداخل ولو كانت حقا مقصودا للزوج او الزوج لجاز

استاطهما واما الحدان فالتداخل فيهما ممنوع فان من زنى مرات
او شرب مرات او قذف مرات فانه يكتفي بحد واحد مع انه لا
جامع بينهما واما تعلقهم بالاجارة فلا يصح لان ايضا المستاجر
لا يتصور فيه تداخل لوجهين احدهما عقلي وهو عدم امكان
الانتفاع لكل واحد من المستاجرين في وقت واحد والوجه
الثاني ان كل واحدة من المنفعتين قد قابلها اجرة وعوض فلم
يتصور تداخلهما فاما العدتان فيمكن فيهما التداخل عقلا وشرعا
لان العدة هي الكف عن الافعال ويتصور الكف عن افعال كثيرة
والاعتبار بالصوم ضعيف جدا لان الغرض من الصوم اتعاب
النفس ورياضتها على الصبر عن الشهوات وذلك يستدعي
التعدد عكس الغرض والمقصد من العدة ولهذا اكتفي بعدة واحدة
عن عدتين في حق الواحد واما قولهم العدة فعل ولا يتصور
فعلان في مدة واحدة فتسميتهم العدة فعلا كتسمية الترك
فعلا والكف عن المطالبات فعلا في الديون والمقصود من العدة
تعرف براءة الرحم وهي تحصل بعدة واحدة ومعنى العبادة تابع
كما ذكرنا وتعلقوا باثر عمر رضي الله عنه انه قال تستكمل
العدة الاولى وتستقبل الثانية ثم لا يجتمعان ابدا ونقول
بموجبه فانه تستكمل الاولى وتستقبل الثانية لا بعد استكمال
الاولى مع ان الشافعي وابن حنبل لا يقولان بانهما لا يجتمعان ابدا
ومن القبيح ان ياخذ بعض كلامه ويترك باقيه ولنا مشبعة
مدارك المدرك الاول ان العدة شرعت لمعرفة براءة الرحم

ومنع اختلاط الانساب فاكتفى بعده واحده عن وطيهن بسببين
لحصول المقصود بها وعليه عول العراقيون واهل بيشا عود
واصفهان والمدرك الثانى ان العده اجل محض فيكتفى بعده
عن مدتين كالاجال في الحقوق والدليل على صحة الوصف في
الفرع قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن وقوله تعالى ولا تعزموا عقده
النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله وحقيقه ان الاجل مده مضروبه
لحل التزويج فاذا انقضت ظهر حل التزويج كالدين المؤجل
والمدرك الثالث العده منع وتاخير لحق المعتده الى مده وهي
في الحقيقه تحريمات مثل حرمه الخروج والبروز في ابه والزين
للازواج واعدام هذه الاشيا من جهتها ويجوز ان يقضى بعدم
الشي في مده وينقضى به حق الكل كفعل الوطي وغيره يحرم بالصوم
وبالاعتكاف وغيرهما والمدرك الرابع القياس وهو انه
لو طلق الحامل فوطيها غيره بشبهه ثم وضعت الحمل انقضت به
العدتان فكذا غيرها بجامع الفراغ او وطيت الامه بشبهه ثم باعها
المالك لا يجب على المشترى الا استبرا واحد واصل العده انما
هو استبرا ذكره المسلمين في روضه الفحول والمدرك
الخامس ان وطي الثاني يوجب العده والشروع فيها لا تتاخر عن
تقرر سبب الوجوب اذ لو تاخر انما تتاخر بسبب العده الاولى
واصل النكاح لا يمنع شروعها في العده الثانيه اذا تقرر سبب
وجوبها كالمنكوحه اذا وطيت بشبهه فانه اولى ان لا يمنع
والمدرك السادس نكته جنسيه وهي عدم التداخل هنا

التداخل فيما اذا وطيها بشبهه لا يجتمعان وقد ثبت التداخل
ثمه فينبغي عدم التداخل هنا والا لا اجتماعا بيانه ان الوطي
بالشبهه في العده ان اوجب العده يجب العده الثانيه فينبغي
اجتماعهما فاذا لم يجب هنا ينبغي اجتماعهما والمدرك السابع
نصوص جواز النكاح والعمومات والمعتده عن وفاه اذا
وطيت بشبهه يحتسب ما تراه من الحيض من الشهور والحيض
جميعا الحيض للوطي بالشبهه وبما بها للشهور تحقيقا للتداخل
بقدر الامكان وفي المبسوط لو حاضت من الاول حيضه ثم وطيها
الثاني فعليها ثلث حيض حيضتان لتمام العده الاولى ولابتدا
العده من الثاني والحيضه الثالثه لاكمال عده الثاني حتى لو تزوجها
الثاني في هذه الحيضه جاز ولا يجوز لغيره حتى تمضي هذه الحيضه
ولو راجعها الاول في الحيضتين دون الثالثه جاز لانه استدامه
وعده الغير لا يمنعه من استدامته كما لو وطيت زوجته بالشبهه
حتى لا يطاها حتى تنقضي عدتها من الثاني ولو كان طلاق الاول
باينا فليس له ان يتزوجها بعد وطي الثاني لانها معتدتهما وكذا
ليس للثاني ان يتزوجها حتى تنقضي عده الاول ولو تزوجت في
عده الوفاه فدخل بها الثاني ثم فرق بينهما فعليها بقيه عدتها
من الاول تمام اربعه اشهر وعشر وعليها ثلث حيض للاخر وتحتسب
بما حاضت بعد التفريق من عده الوفاه ايضا ولو قال لامراتيه
احداكما طالق باينا ومات قبل البيان يعتد كل واحده عده الوفاه
والطلاق لاحتمال ذلك في حق كل واحده فيجب احتياطا خلاف

ما لو قال لامراته ان لم تدخلي هذه الدار اليوم فانت طالق ثلثا
ثم مات بعد مضي اليوم ولا ندري ادخلت الدار ام لا فعليها
عدة الوفاه لا غير قوله وابتدا العدة في الطلاق
عقيب الطلاق وفي الوفاه عقيب الوفاه فان لم تعلم بالطلاق
والوفاه حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها اعتبارا
لوقت وجود سبب وجوبها وعلى هذا جمهور اهل العلم قال
ابن حزم قد صح عن ابن عمر وابن عباس انها تعتد من يوم مات
او طلق قال ورويناه عن ابن مسعود وصح ذلك عن سعيد بن
المسيب والنخعي والشعبي وعطا وطاوس ومجاهد وابن جبير
وابي الشعثاء جابر بن زيد والزهري وابي قلابه ومحمد بن سيرين
وعكرمه ومسروق وعبد الرحمن بن زيد وهو قول ابي حنيفه وملك
والشافعي وابن حنبل واصحابهم وعن علي بن ابي طالب رضي الله عنه
انها تعتد من يوم ياتيها الخبر وهو قول للحسن والثوري في الطلاق
والموت وبه قال خلاس بن عمرو وقال تعتد من يوم ياتيها الخبر
قال بعضهم ان قامت به البينه تعتد من يوم الموت والطلاق
وان لم تقم به البينه فمن يوم الخبر قاله مكحول وغيره وقال
داود الاصبهاني طلاق الغايب لا يقع اصلا حتى ياتيها الخبر
وتعتد المتوفى عنها زوجها من حين موته وعدم وقوع طلاق الغايب
تشنع بغير برهان ولا شبهه ولا قياس شبهه مع ان الاقيسه
كلها باطله عنده وبعض المشايخ افتى في الطلاق ان يكون ابتداوها
من وقت الاقرار نفيا لتهمه المواضعه قالوا وانه حسن وقد

قدمنا ذلك فلا نعيده والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق
اذا كان قد وطيها فيه او عزم الواطي على ترك وطيها وقال
زفر من اخر الوطيات وقد تقدمت المسلة في النكاح وثمرة
الخلاف تظهر فيما اذا وطيها وحاضت حيضه ثم عزم على ترك
وطيها ولم يطاها فعنده تحتسب تلك الحيضه من العدة وعندنا
لا وعدة الوفاه لا تجب في النكاح الفاسد وتعتد بثلث حيض
يعني لو كان وطيها فيه ذكره في الذخيره وعند الظاهريه لا عدة
في النكاح الفاسد كما لا طلاق فيه ونحن اوجبنا العدة لحق الولد
لانه ثابت النسب للوطي بشبهه العقد وهو قول العامه
ولا معتبر بابن حزم ومذهبه ولو طلقها في بعض النهار او في
بعض الليل مثل نصف النهار او نصف الليل اعتدت من ذلك
الوقت الى مثله اذا كانت من ذوات الاشهر وهو قول الجمهور
وعن ملك وابي عبد الله بن حامد من الحنابله انها لا تحتسب
بالساعات وانما تحتسب باول النهار واول الليل لما روي
في ذلك من المشقه قلنا لا تجوز الزياده على العدة بالراي
الضعيف وفي المحيط ان وقع الطلاق في غرة الشهر اعتبرت
العدة بالاهله وهو اجماع وان وقع في اثنا الشهر فعند ابي حنيفه
تعتبر تسعين يوما في الطلاق ومايه وثلثين يوما في الوفاه وهو
روايه عن ابي يوسف وعند محمد يكمل الاول بالرابع وما بينهما
بالاهله وهو روايه عن ابي يوسف ايضا وبه قال ملك والشافعي
وابن حنبل ذكره في المغني قال ابن قدامه وقال ابو حنيفه تحتسب

بقية الاول من الشهر الرابع بقدر ما فاتها من الاول تامًا كان
او ناقصًا قال وخرج اصحابنا وجها ان جميع الشهور محسوب
بالعدد وهو قول ابن بنت الشافعي لانه اذا حسب الاول
بالعدد كان ابتدا الثاني من بعض الشهر فيجب ان يحسب كذلك
وكذا الثالث قلت وهو قول ابي حنيفه كما ذكرته وما
نقله عنه غلط من ناقله وعلى هذا لو آلى من امراته في اثنا الشهر
او حلف لا يكلم فلانا اربعة اشهر او اجر داره سنه وكذا السن
فانه يعتبر الكل بالايام عند ابي حنيفه وعند محمد كما وصفنا وكذا
لو شرع في صوم الكفاره في نصف الشهر فعنده يصوم ستين
يومًا وعند محمد يتم الشهر الاول بالايام والثاني بالهلال وذكر
الصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى ان الشهور في العده تعتبر
بالاهله بالاجماع وفي المحيط يفصل بين كل طلقتين ثلاثين
يوما فاذا طلقها الثالثه بقي من عدتها ثلثون يوما قيل هذا
قول ابي حنيفه وعندهما يعتبر الفاصل بين الطلاقين بالايام
وانقضا العده بالاهله بعد الشهر الاول وقيل هذا قول
الكل وهو الصحيح وفي الذخيره واكثر مشايخنا لا يطلقون
لفظ الوجوب في العده على الصغيره لانها غير مخاطبه لكن ينبغي
ان يقال يعتد كذا وفي المحلى اوجب ملك على الصغيره عده
الوفاه ولم يوجب عليها عده الطلاق بعد الدخول ولا نعلم
احدا قاله قبله وهو شاذ بيقين قلت له وجه
فان الدخول ليس بشرط في وجوب عده الوفاه وهو شرط في

عده الطلاق بالاجماع وهذا الدخول كلا دخول لعدم المحليه اذا
كانت صغيره جدا واذا قالت المعتده انقضت عدتي كان
القول قولها مع يمينها اذا كانت المده تحتمل ذلك وقد ذكرناه فيما
تقدم ومذاهب العلما في مقدار المده التي تصدق بعد مضيها
لانها امينه في ذلك والقول قول الامين مع اليمين كالمودع
اذا ادعى الهلاك في الوديعه او ردها الا اذا انكر الايداع
ثم ادعى الرد او الهلاك عنده فانه يضمن الوديعه ولا يقبل
قوله وفي الذخيره المطلقه ثلثا تصدق في انقضا العده
في اربعة اشهر عند ابي حنيفه على تخريج بعض ايمه سمرقند وقال
نجم الدين عمر النسفي لا تصدق وهو الصحيح لانها مده العدتين
ولا بد من زمان زايد لاجل نكاح الثاني ووطيه اياها وطلاقه لها
مسله تجب العده على كل من خلا بها زوجها خلوه صحيحه
ولم يطاها روى ذلك عن الخلفا الراشدين وزيد بن ثابت وابن
عمر وبه قال عروه وعلي بن الحسين زين العابدين وعطا والاوزاعي
والزهري والثوري وملك وابن حنبل واسحق والشافعي في القديم
قال في الجديد لا تجب العده وهو محجوج بالصحابه رضوان الله
عليهم وروى الامام احمد والاثرم باسنادهما عن زرارة بن ابي اوفى
قال قضى الخلفا الراشدون ان من ارخى سترا او اغلق بابا فقد
وجب المهر ووجبت العده وضعف احمد ما روي في خلاف ذلك
وقد تقدمت المسله في باب المهر وفي التحفه الخلوه الفاسده
في النكاح الصحيح ان يمكنه الوطي فيها مع المانع كالحيض والاحرام

والصيام ونحو ذلك تجب العدة بها دون كمال المهر وان كان مع
المانع حسا كالمريض والمريضة التى تتعذر وطيها والصغير والصغيرة
التى لا يتصور منهما الجماع فلا عدة فى ذلك وفى المغنى ظاهر كلام
الخرقى انها تجب مع المانع حسيًا كان كالجب والعنة والرتق
او شرعيا كالصوم والاحرام والحيض والظهار وان كانت صغيرة
لا يمكن وطيها او كان اعمى ولم يعلم بها فلا عدة عليها ولا يكمل مهرها
وفى المبسوط خلوة العنين والمجبوب توجب العدة وكمال المهر
عند ابى حنيفة وعندهما تجب العدة استحسانا واشار فى كتاب
الطلاق الى انه لا تجب بها العدة عندهما واختلف الجواب لاختلاف
الوضع لعدم الوجوب فى مجبوب جف ماؤه ومثله فى المحيط

قـــوله واذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا او
وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق ثم تزوجها فى العدة وطلقها قبل
الدخول فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند
ابى حنيفة وابى يوسف قال ابو بكر بن ابى شيبة فى مصنفه
وهو قول ابرهيم والشعبى واشعث وهو رواية عن ابن حنبل وقال
محمد والشافعى فى رواية عن ابن حنبل لها نصف المهر وتمام العدة
الاولى وقال زفر لا عدة عليها لسقوط الاولى بالنكاح ولا تجب
العدة بعد الطلاق الثانى لانه طلاق قبل الدخول والخلوة ومحمد
يقول النكاح منع من الاعتداد فاذا زال النكاح بالطلاق عادت
بقية العدة كما لو اشترى ام ولده التى استولدها بالنكاح بعدما
طلقها وهى فى العدة ثم اعتقها تجب عدة الطلاق دون عدة الاعتاق

وقول زفر ضعيف لان اسقاطها بالكلية يفضى الى اختلاط المياه
واشتباه الانساب لانه اذا طلقها بائنا بعد الدخول ثم تزوجها
وطلقها فتزوجها زوج ثان قبل ان تحيض فلا يعلم فراغ الرحم وجواز
التزوج بها للزوج الاول فى عدتها قول الجمهور وبه قال سعيد بن
المسيب وعطاء وطاوس والزهرى والحسن وقتادة والائمة الاربعة
وشذ بعض المتاخرين فقال لا يحل له التزوج بها فى عدتها ولا
خطبتها لانها معتدة والعدة عبادة فلا يجوز ابطالها قلنا
السر فى وجوب العدة صيانة مائه ولا نصان ماؤه عن مائه
واعــلم ان ههنا عشر مسائل مبنية على ان الدخول فى العقد
الاول هل يكون دخولا فى العقد الثانى حكما ام لا فعندهما يكون
دخولا فى الثانى وعند محمد لا يكون المسئلة الاولى اذا دخل بها فى
الصحة وطلقها فيها طلاقا بائنا ثم تزوجها فى المرض فى عدتها
وطلقها فيه طلاقا بائنا قبل الدخول هل يكون فارا او ترث ام لا
فعندهما ترث فى العدة ولها المهر كاملا وعليها عدة مستقبلة
وكذا لو كان الطلاق الاول فى المرض والطلاق بالصحة يكون رجعيا
ويثبت له الرجعة عندهما وعند محمد بائن ولا رجعة له ولا ترث
والمســئلة الثانية لو تزوجت غير كفو ودخل بها ففرق القاضى
بينهما ثم تزوجها ثانيا بغير اذن الولى وفرق القاضى بينهما قبل
الدخول كان لها عليه المهر كاملا وعليها عدة مستقبلة عندهما
استحسانا وعند محمد لها نصف المهر فى العقد الثانى وتمام العدة
الاولى وعند زفر لها نصف المهر بالثانى ولا عدة عليها كما تقدم

والمسئلة الثالثة تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها فى العدة على الخلاف وهى المذكورة اولا ٥ والمسئلة الرابعة تزوج صغيرة ودخل بها فاختارت نفسها بخيار البلوغ ثم تزوجها فى عدتها ثم طلقها قبل الدخول بها فهى خلافية كما تقدم والمسئلة الخامسة تزوج صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها فى العدة ثم بلغت واختارت نفسها قبل ان يدخل بها فعلى هذا الاختلاف والمسئلة السادسة تزوج امراه ودخل بها ثم ارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت فتزوجها فى العدة ثم ارتدت قبل الدخول والمسئلة السابعة تزوج امراه ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم ارتدت قبل ان يدخل بها فعلى الخلاف الذى ذكرناه والمسئلة الثامنة تزوج امة ودخل بها ثم عتقت فاختارت نفسها ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها ولم يدخل بها والمسئلة التاسعة تزوج امة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها فى عدتها ثم عتقت فاختارت نفسها قبل الدخول والمسئلة العاشرة تزوج امراه تزوجا فاسدا ودخل بها ففرق القاضى بينهما ثم تزوجها نكاحا صحيحا ثم طلقها قبل ان يدخل بها فهى على الاختلاف المذكور قال فى الذخيرة واكثر هذه المسائل فى باب الكفاءة من نكاح شمس الدين شمس الائمة السرخسى ولابى حنيفة وابى يوسف انها مقبوضة فى يده بالوطء فبقى القبض ما بقى اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهى مقبوضة فى يده ناب ذلك القبض عن القبض المستحق فى هذا النكاح

كالغاصب لو اشترى المغصوب الذى فى يده يصير قابضا بمجرد العقد وكذا لو كان المغصوب غايبا عنه فانه يصير قابضا بنفس العقد فكان طلاقا بعد الدخول حكما قلت هذا قياس شبه وهو ضعيف عند من يقول به قوله واذا طلق الذمى الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا قول ابى حنيفة وفى الذخيرة ان كانت الذمية حاملا تمنع من التزوج اذا كان كذلك فى دينهم على قول ابى حنيفة وهكذا وقع فى بعض النسخ وفى بعضها تمنع من التزوج على قوله ولم يذكر الزيادة ووجهه ان المنع لم يكن لوجوب العدة عليها لانها لا تخاطب بالعبادة ولا بما فيه معنى العبادة بل لان فى بطنها ولدا ثابت النسب الا ترى ان المولى لا يتزوج ام ولده وهى حامل وان لم يجب عليها عدة فان كانت الرواية بالزيادة فابو حنيفة يرى وجوب العدة على الذمية لحق زوجها الذمى اذا كان يدين بذلك وعنه لا تتزوج الا بعد الاستبرا وعنه انها تتزوج لكن لا يطاها الا بعد الاستبرا والمهاجرة اذا كانت حاملا فعن ابى حنيفة روايتان روى ابو يوسف عنه انه يجوز نكاحها ولا يطاها حتى تضع وهو اختيار الكرخى كالحامل من الزنا اذ لا حرمة لماء الحربى وروى محمد عن ابى حنيفة انه لا يتزوجها وفى المنتقى عن ابى يوسف ما يدل على انه لا عدة عليها فانه قال لو تركت زوجها فى دار الحرب وتزوجت وهى حامل جاز وان جاء زوجها مسلما وتركها فى دار الحرب فلا عدة عليها فى قولهم جميعا فلم يوجبها على الحربية من

المسلم بخلاف الذميه من المسلم عندهما بخلاف احكام الاسلام
فى دار الاسلام وقوله وقالا لا عليها وعلى الذميه العده اما
الذميه فالاختلاف فيها نظير الاختلاف فى جواز نكاح
محارمهم وقد بيناه فى النكاح قلت الذى بين
ان الذميه اذا تزوجت بغير شهود او فى عده كافر اخر
وذلك فى دينهم جايز ثم اسلما اما التزوج بالمحارم فحرام
ويفرق بينهما اذا اسلما بالاجماع وقول ابى حنيفه فيما اذا
كان فى معتقدهم انه لا عده عليها واما المهاجره فوجه قولهما
ان الفرقه لو وقعت بسبب اخر وجبت العده فكذا بالتباين
بخلاف ما اذا هاجر وتركها هنالك لعدم التبليغ ولابى حنيفه
قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن مطلقا وقوله تعالى
ولا تمسكوا بعصم الكوافر جمع كافر كفوارس ونواكس وهو الكـ
وجوامع وموانع وهو قليل فان فاعلا اذا كان صفه يجمع على
تسعه امثله وفواعل فى المذكر قليل وبابه المونث ولان
العده حيث وجبت كان فيها معنى حق بنى ادم والحربى ملحق
بالجماد ولهذا يتملك بالاستيلا عليه الا ان يكون فى بطنها
ولد ثابت النسب فانه لا يجوز التزوج بها على الاصح وفى روايه
عنه هى كالحبلى من الزنا وفى الاسبيجابى الاول ظاهر الروايه
مسئله فى البدايع عده المستحاضه وغيرها سواء وهى
ثلث حيض وقد تقدم ان المستحاضه ان كان عاده ردت الى ايام
عادتها فما زاد عليها استحاضه وان ابتدات مستحاضه بحيضها

من كل شهر عشره ايام اكثر الحيض والزايد عليها استحاضة
وفى التتمه المستحاضه المبتداه والناسيه لعادتها تعتد
بثلثه اشهر وفى التبصره المالكيه عده المستحاضه سنه عند
سعيد بن المسيب واليه ذهب عبد الملك وعند قتاده وعكرمه
والشافعى وابن حنبل ثلثه اشهر اذا لم توجد تمييز وذكر
الداودى فى النصيحه انها تعتد بسته اشهر وعده
الامه حيضتان ومن النكاح المجمع على فساده تعتد ثلث حيض
وقيل بحيضه استبرا وان مات زوجها فى النكاح الفاسد
بعد الدخول تعتد ثلث حيض وباربعة اشهر وعشر ولا عده
عليها قبل الدخول وفى النكاح الصحيح اذا طرا عليه فسخ
تستبرا بحيضه وفى نوادر ابن ابى زيد من كتاب ابن المواز
قال مالك عده المستحاضه فى الطلاق سنه كالمرتابه تسعه
اشهر استبرا وثلثه عده حره كانت او امه او كتابيه والرجعه
فى ذلك قايمه وفى المدونه وقال ابن القسم كان فى ذلك
يطاها ام لا قلت اذا كان يطاها يجوز ان يكون قد
حبلت من اخر وطيه فى اخر السنه فكيف تنقضى عدتها مع قيام
الحبل وفى المحلى لو حاضت ثم انقطع دمها فلا بد من التربص
ابدا حتى تحيض او تدخل فى سن الياس هذا عن عثمان وعلى وزيد
ابن ثابت وعبد الله بن مسعود وعن ابن عباس وابن عمر
من طريق ابن وهب وهو قول ابى الشعثا جابر بن زيد وابى حنيفه
والثورى والشافعى وابى سليمان وابى عبيد وعن عمر تتربص تسعه اشهر

ثم تعتد ثلثة اشهر وعن الحسن وابن المسيب مثله وهو قول مالك
وابن حنبل واسحق قال علي بن حزم لا حجة لهم في ذلك من كتاب
ولا سنة ولا قياس ولا راي ولا يصح ذلك عن عمر قال وروينا
عنه خلافه وقول ابن حنبل اذا كان لا يعلم سبب ذلك فان كان
بمرض او رضاع انتظرت الياس وفي المغني وفي احد قولي الشافعي
تعتد باربع سنين ثم ثلثة اشهر والجديد الاول وقد ذكرت هذه
المسله قبل هذا واعادتها لفوايد لم نذكرها هناك فان عاد الحيض
لها في السنه قبل نكاحها ففيه وجهان عند الحنابله في احدهما
يلزمها العود الى الحيض وبطل ما مضى من الاعتداد بالسنه
والوجه الثاني لا تعود كما لو تزوجت وعن محمد بن يحيى بن حبان
ابن منقذ قال كان عند جدي هاشميه وانصاريه فطلق الانصاريه
طلقه رجعيه وهي مرضع فمرت بها سنه ثم هلك ولم تحض
فورثها عثمان فلامته الهاشميه فقال هذا عمل ابن عمك علي بن
ابي طالب اشار علينا به رواه الاثرم وفي الروضه ومن
انقطع دمها لمرض او دا باطن او رضاع او غير ذلك صبرت حتى
تحيض او تبلغ سن الياس فتعتد بالاشهر ولا تبالي بطول المده
وان انقطع بغير عله فالجديد كالعله وفيه استدخال المراه
مني الرجل يقام مقام الوطي في وجوب العده وثبوت النسب
وفي التتمه وجه شاذ انه لا يقام فصل قوله
وعلى المبتوته والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغه مسلمه الحداد
في المغرب حداد المراه ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها

لانها منعت عن ذلك او منعت نفسها وقد أحدت إحدادا
فهي محد وحدت تحد معا حدادا فهي حاد ذكره المنذري ولم يعرف
غير احد فالحداد من الثلاثي الحداد ايضا ثياب المأتم
السود وقال ابن شداد في احكامه احد وحد لغتان
وهو من الحد وذلك منعها مما ذكرناه ونذكره لكن لم نذكر
في الحد حداد ولا احد وفيه مسايل المسله الاولى
قال صاحب البدايع لا خلاف بين الفقها ان المتوفى عنها
زوجها يلزمها الحداد قلت فيه خلاف الحسن بن
ابي الحسن البصري والحكم بن عتيبه والشعبي انه لا احداد
عليها وحجته قوله عليه السلام لا يحل لامراه تومن بالله
واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلث الا على زوجها اربعة
اشهر وعشرا والاستثنا تكلم بالحاصل بعد الثنيا وما بعده
لا حكم له ولو سلم انه للاثبات بعد النفي فمقتضاه الحل دون
الايجاب وسياتي الكلام عليه وقال ابن قدامه لم يخالف
فيه الا الحسن البصري وقلد فيه ابن المنذر وقد ذكرت
خلاف الحكم والشعبي ايضا ذكره ابن حزم في المحلى وقال صاحب
البدايع ايضا قال نفاة القياس لا حداد على المتوفى عنها
زوجها قلت الحداد فرض عليها عندهم ذكره ابن
حزم في المحلى وجوبه بالنص الصحيح لا بالقياس لمخالف فيه
نفاه القياس فايده المنصر مثلثه والنسبه اليها
بالفتح والكسر لا غير والمسله الثانيه تجب على المطلقه البته

والنفس البائنتين والواضحة وبالخلع وغيره وهو مذهب
سعيد بن المسيب وابرهيم النخعي وابن سيرين والثوري والحسن
ابن حي وابي عبيد وابي ثور وابن حنبل في المشهور ورواه
الشافعي ولم يوجبه ولم بن عطا ومالك وابو سليمان من الظاهريه
وفي الروضه روى ابو ثور عن الشافعي استحباب الحداد في
الرجعيه وقال عامتهم يستحب لها ان تتزين بما يدعو الى
رجعتها كقولنا وفي البائن وجوب الاحداد في القديم وفي
الجديد الاظهر انه لا يجب بل يستحب وفي المنهاج في قول يجب
وعلل الشافعي بان الحداد انما وجب اظهارا للتاسف على فوت
زوج وفى بعهدها الى مماته حتى فرق الموت بينهما والمطلق
قد اوحشها بالابانه فلا تتاسف على فوته وقال ابن حزم
لم يوجبوا على المختلعة والمطلقة طلقة باينه قلت ليس
كما نقل وهو كثير الغلط في نقل مذاهب الناس فقد ذكر في المبسوط
انه يجب على المختلعة والمطلقة طلقة باينه وقال ابن حزم
قولهم انما وجب الحداد لاظهار الحزن قلنا هذا هو الكذب بعينه
فالحزن على الابوين اشد وعلى النبي عليه السلام اوجب واعظم
وقد تكون الزوجه مسروره بموت زوجها لبغضتها فيه وظلمه
وجوره عليها وسوء عشرته لها وسوء خلقه قال ولانه
لو كان لاجل حزنها والتاسف عليه لكان مباحا بعد انقضاء
العده بخلاف البنت فانه يقدر على منعها من الزينه لكونه
حيا ولنا ما روى انه عليه السلام نهى المعتده ان تختضب

بالحنا وقال الحنا طيب ذكره في المبسوط وغيره ورواه النسائي
وعنه انه رخص للمراة ان تحد حتى تنقضي عدتها ذكره ابن المنذر
ولان الحداد ان كان للتاسف كما زعم فالتاسف على فوت نعمه
النكاح الذي كان سببا لصونها وكفايه مؤنتها موجود في
الطلاق الثلث والباين وذلك اقطع لها من الموت فانها كان
لها ان تغسله ميتا قبل الابانه لا بعدها ولان العده يحرم
النكاح فيحرم دواعيه فقد يتوسل بسد الذرايع بخلاف الرجعيه
فانها زوجه ولهذا استحب الاحداد فيه بالاتفاق والمسله
الثالثه لا يجب على الصغيره والمجنونه والكتابيه عندنا مع
وجوب العده عليهن وهو قول اشهب وابن نافع واوجبه
مالك والشافعي والظاهريه عليهن قال ابن حزم يجب على
الصغيره ولو كانت في المهد واعتبروه بوجوب العده عليها
وقالوا يخاطب وليها بذلك كما في الزكاه عندهم وقد قال
اصحابنا يحرم لبس الحرير على الصبيان والاثم على ملبسهم فينبغي
ان تكون هنا كذلك والكافر غير مخاطب بحقوق الشرع
والحاقه على من في المهد ضعيف جدا لان في النص قال لا
يحل لامراه تومن بالله وفعلها لا يوصف بالحل والحرمه ولا
تسمى من في المهد امراه ولو كابروا في ذلك خرجت بقوله تومن
بالله واليوم الاخر فان ايمانها بذلك محال وانما يحكم به تبعا
لابويها ولا فعل منها اصلا والعده ليست فعلها وانما ذلك
منع الخطاب من الاقدام على التزوج بها وخطبتها فيها والحداد

نحصها وهي غير مخاطبة به واختاره ابن المنذر ولانها لو اكتحلت
في هذه الحال او اختضبت او لبست المزعفر لا تأثم لعدم
التكليف لها من الشارع فلا معنى لوجوبه عليها وكذا لو
فعلت المجنونة ذلك والحداد ان تترك الطيب والزينة والكحل
والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا
من وجع ولبس الثوب المصبوغ بالعصفر والزعفران والورس
لان ذلك للزينة وفي المرغيناني ان كان المصبوغ غسيلا
لا ينفض فلا بأس به مراده اذا لم يقصد به التزين والمسئلة
الرابعة لا تلبس الحلي عند الجمهور كالائمة الاربعة
وغيرهم وذهب الظاهرية الى جوازه وعن ابي يوسف تلبس
الخز الاحمر والعصب وهي رواية النوادر عنه قال شمس
الائمة السرخسي تأويله اذا لبست لا على قصد التزين به وفي
المبسوط ولا ثوب عصب قال في المحلى وصح عن ابن عمر
انها لا تمس حليا ولا تلبس شيئا تريد به الزينة وعن ابن عباس
انها تجتنب الطيب والزينة ولا تلبس الحلي وكذا عن عطاء وسعيد
ابن المسيب وعروة بن الزبير ويحيى بن سعيد وربيعة وعمرة
بنت عبد الرحمن والزهري وقال داود واصحابه تلبس الحلي
كله من الذهب والفضة والجوهر والياقوت والزمرد وغير ذلك
والمسئلة الخامسة يباح لها الكحل للضرورة والرمد وهو
قول الائمة الاربعة واصحابهم وعامة اهل العلم وقالت
الظاهرية فرض عليها اجتناب الكحل لضرورة وغيرها ولو ذهبت

عيناها ذكره ابن حزم في المحلى احتج لذلك بان زينب بنت ابي سلمة
قالت سمعت امي ام سلمة تقول جاءت امراة الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد
اشتكت عينها افنكحلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا مرتين او ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال النبي عليه السلام
انما هي اربعة اشهر وعشر وقد كانت احداكن في الجاهلية
ترمي بالبعرة على راس الحول قال حميد بن نافع فقلت لزينب
وما ترمي بالبعرة على راس الحول فقالت زينب كانت المراة اذا
مات زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا
حتى تمر بها سنة ثم تؤتى بدابة حمار او شاة او طائر فتفتض به
فقل ما تفتض بشيء الا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تراجع
بعد ما شاءت من طيب او غيره وسئل مالك ما تفتض قال
تمسح به جلدها رواه البخاري وهذا لفظه ومسلم ولم يذكر
قول مالك وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه فمنع
النبي صلى الله عليه وسلم مع ذكر الضرورة والحاجة الى الكحل
والى المنع مرتين او ثلثا فعلم انه لا يجوز استعمالها اصلا والحفش
البيت الصغير الضيق وقيل هو شبه القفة يصنع من خوص
ومعنى تفتض من فض الختم وهو الكسر اي تكسر به ما كانت فيه
من العدة بطائر تمسح به قبلها وتنبذه فلا يكاد يعيش وقيل
تموت لقبح ريحها وقذارتها وقال البرقي تمسح بيدها على ظهره
وقيل هو من الفضة كانها تتنظف بما تفعله وقال الازهري

روى الشافعي هذا اللفظ بالقاف والتا والصاد المهمله وفسره
بانها تاخذه باطراف اصابعها وقرا الحسن بقبصت قبصة
والقبض بالكف كلها وفسره اخربانها تعدو الى منزل ابويها
مسرعه كالمستحيه من قبح منظرها ومعنى الرمى بالبعره كانها
تقول ان جلوسى في البيت سنه وحبس نفسى كالرمى بالبعره في
جنب ما يجب من حق الزوج وقيل معناه انها رمت بالعده
وراظهرها كما رمت بالبعره واحتج الجمهور بحديث ام حكيم
بنت اسيد عن امها ان زوجها توفى وكانت تشتكى عينها
فتكتحل بكحل الجلا فارسلت مولاة لها الى ام سلمه فسالتها عن
كحل الجلا، فقالت لا تكتحلى به الا من امر لا بد منه يشتد عليك
فتكتحلين بالليل وتمسحينه بالنهار ثم قالت عند ذلك دخل
على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى ابو سلمه وقد
جعلت على صبرا فقال ما هذا يا ام سلمه فقلت انما هى صبر يا رسول الله
ليس فيه طيب قال انه يشب الوجه فلا تجعليه الا بالليل
وتنزعيه بالنهار ولا تمتشطى بالطيب ولا بالحنا فانه خضاب
قالت قلت باى شى امتشط يا رسول الله قال بالسدر تغلفين
به راسك رواه ابو داود والنساى واحمد لكن امها مجهوله
وحديثهم صحيح لا يمكن ان يعارض بهذا الحديث لكن معناه صحيح
يشهد له الكتاب والسنه وعليه اهل الحل والعقد وهم احق بمعانى
الاحاديث من الظاهريه فكفى بهم قدوه فى الدين فلا يلتفت الى
ابن حزم واصحابه ويدل عليه قول ام عطيه ولا نكتحل بكحل

خلقه تنقضى به العده ولا تنقضى بدون ذلك كالنطفه والعلقه
وكذا عند ابن حنبل في المغنى وعند الظاهريه تنقضى العده
بالعلقه وتصير الجاريه بها ام ولد وفيها الغره بخلاف النطفه
ويروى ذلك عن الحسن قال محمد ان خرج نصف البدن
انقضت به العده والنصف من اليته الى منكبيه ولا اعتبار
بالراس والرجلين وفي الهاروني لو خرج اكثر الولد حلت
للازواج ومنهم من قال هذا في انقطاع الرجعه دون التزوج
بغيره وفي الاشراف قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه
من اهل العلم على ان المراه تنقضى عدتها بالسقط اذا علم انه
ولد منهم الحسن وابن سيرين وشريح والشعبى والنخعى
والزهرى والثورى ومالك والشافعى وابن حنبل وابن راهويه
وان القت نطفه او دما لا يتعلق به حكم اذ لم يثبت كونه ولدا
لا بالمشاهده ولا بالبينه فان القت مضغه لم يبن فيها
الخلقه وشهدوا ان فيها صوره خفيه تدل على انها خلقه
ادمى ثبت كونه ولدا والله اعلم ٥

باب ثبوت النسب قوله

ومن قال ان تزوجت فلانه فهى طالق فتزوجها فولدت
لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ولده وعليه المهر اما
النسب فلانها فراشه وان جات به لاقل من ستة اشهر
من حين تزوجها لا يثبت نسبه لسبق العلوق على النكاح
الا ان يدعيه وكذا ان جات به لاكثر من ستة اشهر لانا لم

نتيقن بقيام الولد في بطنها لاحتمال حدوثه من غيره واذا جات به لاقل منها من وقت الطلاق ولستة من وقت النكاح تيقنا بقيامه في بطنها وقت الطلاق فجعل منه احتياطا لثبوت النسب واحتياطا فيه والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح ومن المشايخ من قال لا يحتاج الى هذا التكليف وقيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول كما لو كان بينهما مسيرة سنة فجات بولد لستة اشهر يثبت نسبه عندنا قلت التصور فيه شرط ولهذا لو جات امراة الصغير بولد لا يثبت نسبه منه وفي حق الغايب الامكان موجود وكرامات الاولياء حق بان يكون صاحب خطوة وفي البدايع لا يثبت نسبه عند زفر وهو قول محمد الاول وقد رجع عنه واما وجوب المهر كاملا فلانه لما ثبت نسب ولدها منه جعل واطيا حكما وهو اقوى من الخلوة ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية لسنتين واكثر وفي قاضي خان وان طالت المدة ما لم تقر بانقضا عدتها لاحتمال العلوق في النكاح او العدة لكنها ان جات به لاقل من سنتين بانت منه واسند بالعلوق الى ابعد الاوقات وهو النكاح قبل الطلاق وان كان الاصل في الحوادث اضافتها الى اقرب الاوقات وهو ما بعد الطلاق كيلا يثبت الرجعة بالشك والاحتمال وتنقضي عدتها بوضعه لان الطلاق وقع عليها وهي حامل وان جات به لاكثر من سنتين او لتمام سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه

لوجود الوطي في عدة الرجعية ويكون وطيه رجعة ولا يجعل الوطي من غيره بالشبهة او بالنكاح الفاسد لان وطيها حرام فيها فلا يحمل عليه والمبتوتة ثبت نسب ولدها اذا جات به لاقل من سنتين من وقت الطلاق لانه يحتمل ان يكون قايما وقت الطلاق ولا يتيقن بزوال الفراش والنسب يحتاط فيه وان جات به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت نسبه لان الحمل حادث بعد الطلاق ولا يكون منه لان وطيها حرام الا ان يدعيه لانه التزمه وليس له نسب معروف ويحمل على انه وطيها في العدة بشبهة وفي البدايع وفي اشتراط تصديق الام روايتان وفي البدايع والينابيع اذا لم يثبت نسبه اذا جات به لاكثر من سنتين يحكم بانقضا عدتها قبل السنتين بستة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وهو رواية بشر عن ابي يوسف ذكرها في المبسوط حتى كان عليها ان ترد نفقة ستة اشهر وقال ابو يوسف تنقضي عدتها بالوضع ولا يلزمها ان ترد شيا وفي شرح التكملة وجه قولهما ان الولد حصل من غيره لان الظاهر ان يكون من نكاح صحيح دون الزنا والوطي بالشبهة واقل مدة حمل الغير ستة اشهر فترد بعد ستة اشهر لحكمنا بانقضا عدتها من ذلك الوقت فيكون قد اخذت ما لا تستحقه لانها ليست معتدة منه وابو يوسف هي باقية في العدة ولهذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه فكانها وطيت بشبهة والمبتوتة لو جات بولدين

احدهما لاقل من سنتين والاخر لاكثر من سنتين ثبت نسبهما عند ابي حنيفه وابي يوسف واعتبر ذلك بمن باع جاريه فجات بولدين احدهما لاقل من سته اشهر والاخر لاكثر فادعاهما البايع ثبت نسبهما وقال محمد لا يثبت نسبهما لان الثاني من علوق حادث بعد الابانه فيتبعه الاول لانهما توامان قلت هذا هو الصواب وليس ولدا الجاريه بطن لان الولد الثاني يجوز ان يكون حدث على ملك البايع قبل بيعه بخلاف الولد الثاني في المبتوته ذكر المسلة المرغيناني وفي الينابيع لو خرج راسه لاقل واتصل الباقي لاكثر لا يلزمه حتى يخرج نصف بدنه لاقل لاكثر او يخرج من قبل الرجلين اكثر البدن لاقل والباقي يكذا ذكر محمد وفي شرح التكمله تزوج امه ودخل بها ثم طلقها واحده يلزمه ولدها لاقل من سته اشهر ولا يلزمه ان جات به لسته اشهر فصاعدا لانه ولد النكاح في الاول وفي الثاني مضاف الى ملك اليمين لان وطيها حلال فلا يلزمه الا بالدعوى كانت الطلقه باينه او رجعيه وان طلقها ثنتين يثبت نسبه الى سنتين لان وطيها لا يحل بملك اليمين فكان الولد من النكاح وفي المرغيناني غاب عن امراته عشر سنين وهي بكر او ثيب فتزوجت فجات باولادهم للاول عند ابي حنيفه وهي مما انفرد به وروى الشيخ عبد الكريم عنه انهم من الثاني كقول الجماعه ولو كان الاول حاضرا فهم من الاول وبه احتج ابو حنيفه وفي الينابيع عند ابي حنيفه من الاول وعند ابي يوسف ان

جات به لاقل من سته اشهر فمن الاول ولاكثر من الثاني وعند محمد ان جات به لسنتين او اقل فمن الاول والا فمن الثاني وجه قوله الولد للنكاح والفراش وهو صاحبهما والتصور موجود بان يكون صاحب خطوه وذلك جايز وكرامات الاوليا حق وابو حنيفه من اهلها ولو زوج ابنه الصغير امته فجات بولد فادعاه المولى ثبت نسبه منه لانه لا يتصور ان يكون من ابنه والتصور في النسب شرط والمبتوته لو تزوجت فولدت لاقل من سنتين من وقت طلاق الاول ولاقل من سته اشهر من وقت نكاح الثاني فالولد للاول وان ولدت لاكثر من سنتين من طلاق الاول ولسته اشهر من نكاح الثاني فالولد للثاني وقد عرف قوله وان كانت المبتوته صغيره يجامع مثلها فجات بولد لتسعه اشهر لم يلزمه حتى ياتي به لاقل من تسعه اشهر عند ابي حنيفه ومحمد وزفر وقال ابو يوسف يثبت الى سنتين لانها لم تقر بانقضا عدتها فصارت كالكبيره وقوله يجامع مثلها مستدرك لان حملها دليل على انها يجامع مثلها وحاصله انهما حكما بانقضا عدتها بمضي ثلثه اشهر التي هي مده عده الصغيره وجعلوه كاقرارها بانقضا عدتها وبل اولى فان الاقرار يحتمل الكذب وان كان الطلاق رجعيا فكذلك عندهما وعنده يثبت الى سبعه وعشرين شهرا فانه يجعل واطيا في اخر الاشهر الثلثه فياتي به لاكثر مدة الحمل وان كانت الصغيره ادعت الحمل في العده فالجواب فيها وفي الكبيره

سوا لانه يحكم ببلوغها بذلك وفي المبسوط ان جات به لاقل
من سبعة وعشرين شهرا ثبت عنده وان جات به لاكثر لا
ثبت النسب منه وقال الفقيه ابو الليث لو زنى
بامراه فجات بولد لستة اشهر فصاعدا ثبت نسبه ولاقل
لا ثبت الا ان يدعيه ولا يقول انه من الزنا وان قال هو
هو مني من الزنا لم ثبت وفي البدايع النسب لا ثبت قبل
الدخول الا اذا جات به لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق
والمتوفي عنها زوجها ثبت نسب ولدها بين الوفاة وبين سنتين
وقال زفر ان جات به بعد انقضا عدة الوفاة لستة
اشهر لا ثبت نسبه واعتبر باقرارها بانقضا عدتها لان
مضي الشهور دليل متعين لانقضا عدتها ولنا ان لانقضا
عدتها جهة اخرى وهي وضع الحمل بخلاف الصغيرة فانها ليست
بحالة قبل البلوغ والاصل عدمه وفي الينابيع لو اعترفت
المتوفي عنها زوجها باربعة اشهر وعشر واعترفت بانقضا
عدتها ثم جات بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاعتراف
ثبت نسبه ولاكثر لا ثبت وفي المبسوط ان جات المتوفي عنها
زوجها بولد لاقل من سنتين فان اقرت بانقضا عدتها بمضي
اربعة اشهر وعشر ثم جات به لستة اشهر فصاعدا لم ثبت
نسبه من الزوج لانه من علوق حادث بعد اقرارها وحمل كلامها
على الصحة واجب وان ادعت حملا وولدت قبل سنتين من موت
زوجها ثبت نسبه وكذا ان لم تدع حملا ولم تقر بانقضا عدتها

ثبت قبل السنتين وهي مسئلة الكتاب وفيها خلاف زفر
كما تقدم وعنده اذا جات به لتمام عشرة اشهر وعشرة ايام من
حين موت زوجها لا ثبت منه وانما ثبت منه لاقل وفي
قاضي خان والمرغيناني الايسة لو اقرت بانقضا عدتها ثم جات
بولد لاقل من سنتين ثبت نسب ولدها والصغيرة لو طلقت
بعد الدخول ثم ولدت بعدما اقرت بانقضا عدتها بعد مضي
ثلثة اشهر لستة اشهر فصاعدا لا ثبت نسبه منه ولاقل
ثبت والرجعي والباين فيه سوا والفرق ان الايسة لما
ولدت تبين انها لم تكن ايسة بل كانت من ذوات الاقرا
والصغيرة اذا ولدت لم تبين انها لم تكن من ذوات الاشهر
لان الحبل والحيض طاريان عليها فلم يبطل اقرارها واذا اعترفت
المعتدة بانقضا عدتها ثم جات بولد لاقل من ستة اشهر
من وقت الاقرار ثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فبطل
اقرارها قلت شرطه ان لا يكون بين اقرارها وبين مجي
الولد سنتان ان لم يكون الولد من وقت الطلاق لاقل من سنتين
والطلاق من وقت الاقرار لا يستقيم فلو انها اقرت بعد مضي
عشرين شهرا من وقت طلاقها بانقضا عدتها ثم جات بولد
لاقل من ستة اشهر سوم من وقت الاقرار لا ثبت نسبه
ولا يظهر كذبها ولا بد ان يكون لاقل من سنتين من وقت الفرقة
بالطلاق او الموت وان جات به لستة اشهر فصاعدا لم ثبت
نسبه لانا لم نتيقن ببطلان اقرارها لاحتمال الحدوث بعد

قال وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتده قلت
قد ذكرت ان الايسه اذا اقرت بانقضا عدتها ثم جات بولد
لاقل من سنتين ثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتده فرع
امراه تزوجت فجات بولد وتصادقا انه لشهر واحد لم يثبت
نسبه فان قامت البينه انها جات به لسنه ثبت وقبل
السنه قال وهذا الجواب صحيح ان اقام الولد بينه بعد
ما كبر فان قامت البينه في حال صغره اختلفوا قيل لا يقبل
وينصب القاضي خصما عن الصغير وقيل يسمع البينه من غير
دعوى ولا خصم وجعلوا النسب من باب الحسبه فرع
صبي في يد امراه قال رجل هذا ابني منك من نكاح وقالت هو منك
من الزنا لم يثبت نسبه فان صدقته بعد ذلك يثبت نسبه منه
قوله واذا ولدت المعتده ولدا لم يثبت نسب
ولدها منه الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامراتان الا ان
يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت نسبه
منه بغير شهاده بل بقولها انها ولدته ولو قال ان ولدته
غير هذا لم يقبل منه هذا قول ابي حنيفه وقالا يثبت في الجميع
بشهادة امراة واحده وهي القابله او غيرها وهو قول ابن حنبل
وفي ملتقى البحار لا تقبل شهادة القابله بالولاده الا بمويد
وهو قيام الفراش او اعتراف المطلق بالحبل او ظهوره عند ابي حنيفه
قلت عند وجود واحد من هذه المويدات لا يحتاج
الى شهادة القابله عنده بل يثبت الوضع بقول الوالده والنسب

ثابت بالاعتراف وظهور الحبل وقيام الفراش وعندهما لا بد من
شهادة امراة واحده في الكل تشهد بولادتها وان علق طلاقها
بولادتها بعد اعترافه بالحبل او ظهوره فقالت ولدت يحكم
بولادتها وبوقوع الطلاق بدون شهادة القابله عنده وعندهما
لا بد من شهادة القابله وفي قاضي خان المنكوحة لو جات بولد
فقال الزوج لم تلديه فشهدت قابلة على الولاده يثبت نسبه
عندنا وعند الشافعي يشترط اربع نسوه عدول وعند ابن
ابي ليلى ومالك يشترط شهادة امراتين وعند زفر لا يثبت
بشهادة النسا ذكره قاضي خان وعند ابي يوسف ومحمد يشترط
الحريه ولفظة الشهاده ولا يشترط الذكوره والعدد هكذا
في المبسوط وفي المحيط لا يشترط العدد كيلا يكثر النظر
الى العوره ذكره في عيوب النسا قال مشايخ خراسان يشترط
لفظة الشهاده لانها موجبة حقا على غيره وقال مشايخ
العراق لا يشترط قياسا على العدد وهل يقبل شهاده رجل
واحد قيل يقبل ولا يفسق كما لو شهد رجلان او رجل وامراتان
ولا يكون حال الرجل دون حال المراه وقيل لا يقبل لعدم
الضروره ولابي حنيفه رضي الله عنه ان العده تنقضي باقرارها
بوضع الحمل والمنقضي زايل عن قايم عند الاقرار فمست الحاجة
الى اثبات النسب الى حجة ابتدا فيشترط كمالها بخلاف
المسايل الثلث فان الحمل الظاهر يفضي الى الولاده قطعا فكان
اعترافه به اعترافا بالولاده والنسب ثابت حال قيام النكاح

ولا ينفى الا باللعان ولانه اذا اقر بالحمل فقد ائتمنها فى الولاده مع
علمه انه لا ينفى فى البطن فيقبل قولها فى رد الامانه كالحيض والطهر
ورد الوديعه وثبوت النسب بعد زوال الفراش يفتقر الى
حجه وقول القابله حجه فى الولاده وما لا ينفصل عن الولاده
وهو تعيين الولد وفيما يقبل الفصل لا يقبل قولها كقوله اذا
حضت فعبدى حر ووقوع الطلاق وثبوت النسب يقبل
الفصل عن الولاده فلا بد من الحجه وذلك ما ذكرناه ويحمل
على ان الرجلين قالا اتفق نظرنا الى الولاده من غير قصد وقبل
شهادتهما وان قالا تعمدنا النظر لتحمل الشهاده كما فى شهود
الزنا فان كانت معتده عن وفاه وصدقها الورثه فى الولاده ولم
يشهد بالولاده احد فهو ابنه فى قولهم جميعا لان شهادة المرء
على نفسه من اصدق الشهادات وهذا فى حق الارث ظاهر لانه
خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم واذا صح تصديقهم فى الولاده
ثبت النسب منه لانها معتده جاءت بولد لاقل من سنتين
فيثبت فى حقهم وهل يثبت فى حق غيرهم قالوا ان كانوا من
اهل الشهاده بان كانوا ذكورا او ذكورا واناثا وهم عدول ثبت
فى حق غيرهم ايضا لقيام الحجه وهل يشترط لفظة الشهاده
لثبوت النسب فى حق غيرهم قال بعضهم يشترط وقيل لا
يشترط لان المذكور فى الكتاب تصديقهم دون اشتراط الشهاده
وهذا لان الشهاده يحتاج اليها عند المنازعه ولان ما يثبت تبعا
لا يشترط فيه مراعاة الشرائط وان جحدت الورثه الولاده

ثبت بشهادة رجلين او رجل وامراتين عنده وعندهما تثبت بشهادة
القابله وقد تقدم وجه المذهبين ومن قال لامراته اذا
ولدت فانت طالق فشهدت بولادتها الى اخرها قد ذكرنا ذلك
ووجه كل واحد من القولين فلا نعيده قوله قال
واكثر مدة الحمل سنتان واقله سته اشهر ولا خلاف فى
اقلها عند اهل العلم رحمهم الله وقيل ان عبد الملك بن مروان ولد
لسته اشهر ذكره ابن قتيبه فى المعارف وعن عمر رضى الله عنه
انه امر برجم امراه ولدت لسته اشهر فقال له على رضى الله عنهما
لا سبيل لك عليها قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا
وقال تعالى وفصاله فى عامين فبقى لحمله سته اشهر فخلى عمر
سبيلها ذكره الاثرم باسناده عن ابى الاسود الدؤلى عن عمر
ورواه ايضا عن عكرمه عن ابن عباس ومذهبنا فى اكثره قول
عايشه رضى الله عنها انها قالت لا يبقى الولد فى البطن اكثر من
سنتين ولو بفلكة مغزل ويروى بظل مغزل والمقادير لا تعرف
الا سماعا فهو كالمرفوع وبه قال الثورى وهو روايه عن
ابن حنبل والضحاك بن مزاحم وهرم بن حيان وكذا السس
ذكره فى المغنى وقال شمس الائمه السرخسى ولد الضحاك
لاربع سنين وكان قد نبتت ثناياه وقال الليث بن سعد
ثلث سنين وقال الشافعى اربع سنين وهى المشهور من
مذهب ملك وابن حنبل وقال عباد بن العوام خمس
سنين وعن الزهرى ست سنين وسبع سنين وبالسبع قال

ربيعه بن ابي عبد الرحمن وقال ابو عبيد ليس لاقصاه وقت
يوقف عليه وفي شرح ابن يونس للمدونه عن الليث بن سعدا
عن ابن عجلان ان امراته وضعت ولدا في اربع سنين ووضعت
له اخر في سبع سنين وسيل ابو عمران عما يقال ان مالكا اقام
في بطن امه سنتين قال ذكره الواقدي واحد عند ابن قتيبه
وعن ابن القسم اذا جات بولد لثلاث سنين او اربع او خمس
لزمه عند مالك وهو راي وقال مالك مره ملحقه الي سبع
سنين وانكر مالك حديث جميله بنت سعد عن عايشه
لا تزيد المراه علي السنتين وقال مالك هذه جارتنا امراه
محمد بن عجلان تحمل اربع سنين قبل ان تلد وقال الشافعي بقي
محمد بن عجلان في بطن امه اربع سنين وامراه عجلان حملت ثلث
بطون كل دفعه اربع سنين وزعموا انه لم يوجد لاكثر من سنتين
وهو شهاده علي النفي المحض وهو باطل ومن يحيط علمه في جميع
الارض من مسلميها وكفارها ان امراه ما لم تلد لاكثر من اربع
سنين وانما الرجوع في ذلك الي الاثر الذي ذكرناه وقد ذكر
الليث ان امراه ابن عجلان وضعت له ولدا لسبع سنين كما
ذكره ابن يونس في شرح المدونه فبطل ما ذكروه وكل جواب
لهم عما زاد علي اربع سنين فهو جواب لنا عما زاد علي سنتين ولا
نثبت ما حكوه من الحكايات بالبلاغات ومن تزوج امه
فطلقها ثم اشتراها ان اخرها وفرقه منها فلا نعيدها
قوله ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد

فهو مني فشهدت علي الولاده امراه فهي ام ولد له والولد ولده
باعترافه وولادتها تثبت بشهاده القابله بالاجماع اي
باتفاق اصحابنا وهو قول ابن حنبل هذا اذا ولدته لاقل
من سته اشهر فان جات به لسته اشهر او اكثر لا يثبت
نسبه لاحتمال حدوثه ومن قال لغلام هو ابني ثم مات
فجات ام الغلام وقالت انا امراته فهي امراته وهو ابنه يرثانه
وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان وفي القياس ان لا
ترثه المراه لان النسب قد يكون بالنكاح الفاسد والوطي
بالشبهه كما يثبت بالنكاح الصحيح ووجه الاستحسان
ان المسله مفروضه فيما اذا كانت معروفه بالحريه وبكونها
ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك اذ الوطي بالنكاح
الفاسد والشبهه حرام ولو لم يعلم انها حره فقالت الورثه
انت ام ولد فلا ميراث لها لان الحريه الثابته بالدار حجه لدفع
الرق لا لاثبات الارث واستحقاقه كالمفقود يجعل حيا في
حق دفع ارث ماله حتي لا يرثه احد من وراثه ولم يجعل حيا بالنسبه
الي ارث مال من مات من ورثته حتي لا يرث احدا منهم ن

باب الولد من احق به

قوله
واذا وقعت الفرقه بين الزوجين يعني والولد صغير فالام احق به
قال ابو بكر بن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم
علي ان الام احق بالطفل بعد الفرقه ما لم تنكح لما روي عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص ان امراه جات الي

رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابني هذا
كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه
ينزعه مني فقال عليه السلام انت احق به ما لم تنكحي رواه ابو داود
وفي لفظه وان اباه طلقني وابن حنبل والكلام في معرفة عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده عن رسول الله وعمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله
ابن عمرو بن العاص فان اراد بجده محمدا كان الحديث مرسلا وان اراد
به عبد الله كان متصلا فاذا اطلق احتمل الارسال والاتصال
وعمرو وشعيب ومحمد ثقات وهو مرسل صحيح ان اراد بجده محمدا
وشعيب ثبت سماعه من ابيه محمد وجده عبد الله بن عمرو
وهاهنا نص على جده عبد الله فكان متصلا والحواء بكسر الحاء
بيت يتخذ من الوبر وقال ابن المنذر وقد رويناه عن رسول الله
انه قال هي احق بولدها ما لم تتزوج وروى ابو بكر بن ابي شيبة
في مصنفه ان عمر بن الخطاب طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن
الافلح فتزوجت فاخذ عمر ابنه عاصما فادركته الشموس ابنة
ابي عامر الانصارية وهي ام جميلة فاخذته فترافعا الى ابي بكر
الصديق وهما متشبثان فقال لعمر خل بينها وبين ابنها فاخذته
وقال ابن المنذر في الاشراف وقد روينا عن ابي بكر الصديق
انه حكم على عمر بن الخطاب وقضى بعاصم لامه ام عاصم وقال حجرها
وريحها ومسها وفي رواية مسحها وفي كتب اصحابنا وريقها خير له
منك وفي مصنف ابن ابي شيبة قال هي اعطف والطف وارق
واحنى وارحم ورواه سعيد بن منصور ايضا ولان الام اشفق على

الولد واقدر على الحضانة عادة مستمرة فكان الدفع اليها انظر
للولد والشهد المذكور في قضاء ابي بكر رضي الله عنه بضم الشين
وفتحها هو عسل النحل في شمعه ونفقته على الاب اذا لم يكن
للصغير مال على ما نذكره في النفقات ولا تجبر الام الحاضنة
على الحضانة وبه قال الثوري والشافعي وابن حنبل ومالك في
رواية وقال ابن ابي ليلى والحسن بن صالح وابو ثور ومالك
في رواية تجبر لقوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الاية
والمراد بالامر وهو للوجوب والمشهور عن مالك لا تجبر
الشريفة التي لم تجر عادة مثلها بالارضاع لولدها وان كانت ممن
ترضع اجبرت فان لم يوجد غيرها او لم يأخذ ثدي غيرها اجبرت
بلا خلاف ولنا قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له
اخرى واذا اختلفا فقد تعاسرا ولانها عسى تعجز عن ذلك فلا
يجوز الزامها به ولان الالزام اما ان يكون لحق الزوج او لحقها
لا وجه للاول فانه لا يملك اجبارها على ارضاع ولده من غيرها
ولا يملك اجبارها على خدمته غير الرضاع ولا يجوز ان يكون لحق
الولد لانه لو كان كذلك لما سقط بعد الفرقة ولا وجب عليه
كلفة الحضانة ولا يجوز ان يكون لها لان ما لا يناسب الايجاب
عند الانفراد لا يوجب عند الانضمام هذا هو الاصل والاية محمولة
على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولان الامر للاستحباب
يقال حضنت المرأة ولدها اذا ربته في حضنها اي جنبها حضانة
قوله فان لم يكن ام او كانت غير اهل الحضانة او كانت

متزوجه بغير محرم او كانت ميته فام الام وان بعدت وهو قول
الجمهور وعن ابن حنبل ان ام الاب مقدمه على ام الام وهو ضعيف
لان ام الام مدلى بالام وهي مقدمه على الكل في الحضانه وام الاب
تدلى بالاب ولا حق له فيها ولان هذه الولايه تستفاد من جهة
الامهات وهي منهن فان لم يكن فام الاب اولى من الاخوات
باعتبار الامومه فان لم يكن جده فالاخوات اولى من العمات والخالات
فالاخت لاب وام ثم الاخت لام ثم الاخت لاب وعند زفر الاخت
لام تشارك الاخت لاب وام لانه لا حق للاب قلنا يصلح للترجيح
وان لم يصلح علة مستقله الا ترى ان الاخ لاب وام يقدم في الاخ
لاب وان لم يكن للام مدخل للعصوبه وعنه ايضا الجده من
قبل الاب موخره عن الاخوات وفي روايه الخالة اولى من الاخت
لاب وذكر في الجامع الصغير والاسبيجابي الجده من قبل الاب
ثم الخاله وفي روايه كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت لاب
لانها ام وهكذا ذكره الطحاوي والاول روايه كتاب النكاح فلما
كان في تقديم الخاله على الاخت لاب روايتان ثبت ان الاخت لاب
وام والاخت لام اولى من الخاله في الروايات كلها وما ذكر هنا
اراد به تاخير الخاله عن الجده ولم يرد به الترتيب قال
في المحيط هذا هو الصحيح وبنت الاخت لاب وام او لام اولى
من الخاله ولم يذكر بنت الاخت لاب وينبغي ان يكون الخاله اولى
منها لانها ابعد من الاخت لاب وفيها روايتان فكان فيها اتفاق
هو الصحيح وقيل في تقديم اولاد الاخت لاب على الخاله روايتان ايضا

ثم الخاله لاب وام ثم لام ثم لاب والخاله اولى من بنت الاخ لاب
لانها تدلي بقرابه الذكر والخاله تدلي بقرابه الام وبنت الاخ
اولى من العمه ثم العمه لاب وام ثم لام ثم لاب ومن كانت قرابتها
من قبل الام اولى ممن كانت قرابتها من قبل الاب لان الام هي الاصل
في الحضانه والخاله اولى من العمات ترجيحا لقرابه الام وبنات
الاخ اولى من العمات والعمه اولى من بنت الخاله والاخ لام اولى
من الخال هكذا في قاضي خان وفي المحيط وبنت العم والعمه وبنت
الخاله والخاله لا حق لهن في الحضانه لعدم المحرميه وفي
الينابيع لا حق للرجال من قبل الام في الحضانه ولا تسلم اليهن
الا بطلبهن بخلاف الاب عند استغنا الصغير فانه يجبر على
التسلم وفي المنصوري ابن العم اولى بالذكر والخال اولى بالانثى وكل
ذكر من قبل الام لا حق لهم في الولد مع العصبه الا الخال مع ابن
العم فينظر في النسا الى من كان من قبل الام وفي الرجال الى من كان
من قبل الاب ويدفع الصغير الى مولى العتاقه والصغيره لا
وفي الجواهر اولى النسوة الام ثم ام الام ثم جده الام لامها
ثم الخاله واختلف في خالة الخاله قال في كتاب محمد ثم خاله
الخاله ثم الجده لاب ثم جده الاب ثم الاخت ثم العمه ثم بنت الاخ
وفي التبصره في تقدمه خاله الخاله على الجده لاب نظر قلت
بل النظر في تقدمه الخالة على الجده لاب وعندنا تقدم الجده لاب
على ما تقدم وهو الجديد للشافعي وبه قال ابن حنبل وحكي قول
مالك ان الخاله ام لما ثبت عن البرا بن عازب ان علي بن ابي طالب وجعفرا

علي وزيد بن حارثة تخاصموا في بنت حمزة فقال علي انا احق
بها هي بنت عمي وقال زيد بن حارثة بنت اخي وقال جعفر بنت
عمي وخالتها عندي فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها
وقال الخالة بمنزلة الام متفق عليه ويروى الخالة ام ولنا
ان الجدة ام لاب صاحبة فرض وارثة كالام وليست الخالة
كذلك فانها من ذوي الارحام والحديث يدل على ان لها حقا في
الحضانة ولا نزاع في ذلك وانما النزاع في تقديمها على ام الاب
والحديث لا يدل عليه ولا ولاد للخالة بخلاف ام الاب والوراثة
والولادة لها ترجيح في الحضانة ولانها لو كانت اما او بمنزلتها
لشاركت الام ومالك اول تارك لهذا الحديث لانها اذا كانت
بمنزلة الام ولو في الحضانة ينبغي ان يكون ولدته في الجملة ولا يترك
وانما قال زيد بن حارثة هي بنت اخي لانه عليه السلام كان
اخى بينه وبين حمزة وفي المغني ولا حضانة لام ابي الام لانها تدلي
بابي الام وهو لا حضانة له ولا لمن يدلي به وهي جدة فاسدة بدخول
الذكر بين انثيين وفي المنهاج تقدم بعد الام وام الام وان علت
الاب ثم امهاته المدليات باناث ثم ام ابي الاب ثم ام ابي
الجد كذلك والقديم تقدم الاخوات والخالات [illegible]
عليهن وتقدم اخت على خالة وخالة على بنت اخ واخت وبنت اخ
واخت على عمة واخت من ابوين على احدهما من احدهما والاصح
تقدم اخت لاب على اخت لام وخالة وعمة لام عليهما لاب وقيل
تقدم الاخت لاب وام والاخت للام والخالة على الاخت لاب الاظهر

الاظهر والاخت للام مقدمة على الاخت لاب عندنا وهو قول
المزني وابن سريج من الشافعية وظاهر قول الشافعي ان الاخت
لاب تقدم عليها وهو قول ابن حنبل واعتبراه بقوة الميراث
ولنا انها تدلي بالام فقدمت على المدلية بالاب كما قدمت
ام الام على ام الاب ولان هذا الحق لقرابة الام ثم لقرابة الاب
قال ابن سريج ولهذا تقدم الخالة على الاخت لاب واعتباره
بالارث فاسد فان الام تاخذ السدس مع الاخوين وهما ياخذان
الثلثين اذا كانا لابوين او لاب والحضانة للام وام الام تاخذ
السدس والاخت تاخذ النصف والحضانة لام الام دون الاخت
ولم يعتبروا قوة الميراث وامهات جد الاب يقدمن على الاخوات
ولا ميراث لهن والحضانة تثبت للعمات ولا ميراث والخالة من
الام تقدم على الخالة من الاب عندنا وعند الشافعي وابن حنبل
بالعكس وكذا خالة الام وهي اخت ام الام تقدم على خالة الاب
وهي اخت ام الاب عندنا خلافا لهم وفي المغني قال احمد اذا عدمت
الام وامهاتها كانت الحضانة للاب ثم لامهاته ثم للجد ثم
امهات الجد ثم لجد الاب ثم لامهاته ولا ينتقل للاخوات الا اذا
انقرض الاباء والامهات وان علوا وفي التتمة ليس لبنات الاخوات
ولا لبنات الخالات ولا لبنات العمات شيء من الحضانة والوصي
مقدم على جميع الرجال وبعد ابن العم المولى الاعلى ثم الاسفل وللحنابلة
في تقديم الاخت على الجد وجه ولو تركت الام الحضانة انتقلت الى
الاب في وجه وفي الثاني الى ام الام وهو اصح فتـــولده وكل

من تزوجت من هولاء سقطت حقها الا الجدة اذا كان زوجها الجد
وفيه خلاف الحسن البصري وفي رواية هنا عن ابن حنبل ان الصغير
ياخذه الاب والصغيرة لا ياخذها حتى تبلغ سبعا قال ابن
المنذر اجمع على هذا كل من احفظ عنه الا الحسن تعلق ابن حنبل
بحديث بنت حمزة المتقدم فانه عليه السلام دفعها الى خالتها
وكانت متزوجة بغير محرم منها فاذا لم يمنع التزوج من الاستحقاق
ابتداء فاولى ان لا يمنعه وللجمهور ما روينا من قوله عليه السلام
للمراة انت احق حتى تنكحي وقالوا كان جعفر من اهل الحضانة ولان
الزوج اذا كان يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا يكون الدفع نظرا
بخلاف الجد فانه اب وشفقته وافرة وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم
من الصغير لقيام الشفقة وانما تنزع من يدها اذا تزوجت بغير محرم
اذا ارتدت او خيف على الصبي ومن تزوجت منهن على الوجه المذكور
وسقط حقها يعود اذا ارتفعت الزوجية بالبينونة وبه قال
الشافعي وابن حنبل وعند مالك لا يعود وقيل يعود ذكره في الجواهر
ولفظه لا يرجع حقها وقيل يرجع وهل الحضانة حق الولد او الوالدة
روايتان لنا ان المانع اذا زال والسبب قايم يعود الحق كالصغر
والجنون والفسق والرق على قول من جعله مانعا وكالناشزة تسقط
نفقتها بالنشوز فاذا عادت عادت نفقتها والرجعي مانع حتى تنقضي
عدتها عندنا لانها زوجة وبه قال المزني وقالوا لا قسم لها ولا شغل
عليها يمنعها من تربية الصغير لكن هذا يبطل بالنكاح قبل الدخول
فان الزوجة لا قسم لها ولا شغل عليها للزوج وهو مزيل للحضانة

فان لم يكن للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم به اقربهم
تعصيبا واولى العصبات الاب ثم الجد وان علا ثم الاخ الشقيق
ثم الاخ لاب وام ثم لاب ثم ابن الاخ لاب وام ثم لاب ثم العم لاب
وام ثم لاب ثم ابن العم لاب وام ثم لاب ولا يسلم الانثى لابن العم
وكذا من بعد درجة وبعد البلوغ ان اجتمع رايه وعقله وهو
مامون على نفسه يذهب حيث شاء والا يضمه الى نفسه ويؤدبه
وشفقه ولا نفقة له عليه والانثى ان كانت بكرا مامونة على
نفسها لا تخلى سبيلها لان رغبات الناس تكثر فيها وان كانت ثيبا
لذلك تخلى سبيلها تنزل حيث شاءت والاعمام والاخوة اذا لم يكونوا
مامونين عليها وعلى مالها لا تسلم اليهم وينصب القاضي امينة عدلة
تسلمها اليها الا ان يكون المراة قد اجتمع عقلها ورايها ودخلت
في السن فانها تنزل حيث احبت وان كانت بكرا فلو كانت الاخوة
والاعمام في درجة واحدة فاكثرهم صلاحا وورعا اولى وان استووا
في ذلك فاكبرهم سنا اولى والام والجدة ام الام وام الاب احق بالغلام
حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي
الجامع الصغير حتى يستغني فياكل وحده ويشرب وحده ويلبس
وحده ولم يذكر الاستنجاء وكذا قاضي اسبيجاب لم يذكره وشرط
في السير الكبير وغيره وفي المبسوط وروى داود بن رشيد الاستنجاء
ايضا وقدره بقدرته على الاكل والشرب واللبس وحده ولا يهتدي الى
الاستنجاء ومنهم من جعل ذلك تفسيرا للاستغناء ثم تكلموا في
المراد من الاستنجاء قيل هو تمام الطهارة وهو ان يتطهر بالماء من غير

ان يحتاج الى من يعينه ويعلمه تمام الطهارة وقيل هو مجرد الاستنجا
وهو ان يطهر نفسه عن النجاسات وان كان لا يقدر على تمام الطهارة
وهو المفهوم من ظاهر ما ذكره في الكتاب والخصاف قدر الاستغنا
بسبع سنين وعليه الفتوى ذكره في الجامع الصغير الحسامي وغيره
وقدره الشيخ ابو بكر الرازي بتسع سنين وقال مالك الام
احق بالغلام حتى يحتلم ذكره في الاشراف وفي الجواهر والام ور
به الى حيث يبلغ الاحتلام وقيل حتى يثغر يقال ثغر الغلام
فهو مثغور سقطت رواضعه ومنه لا شي في سن صبي لم يثغر
بعد فان نبتت بعد السقوط فهو متغر بالتا والثا وقد اثغر
على افتعل وقال ابن الماجشون اذا استغلظ او قارب الاحتلام
را [illegible] واسود اباته فلا بد ضمه اليه وفي المدونه امد الحضانه
الاحتلام وفي مختصر ما ليس في المختصر والى مده يقب الاثغار وعند
الشافعي يخير في سبع او ثمان وعند ابن حنبل واسحق يخير في سبع
فاذا اختار احدهما وسلم اليه ثم اختار الاخر فله ذلك ورد اليه
فان عاد فاختار الاول اعيد اليه هكذا ابدا ذكره في المغني وهذا
لم ينقل عن احد من السلف والمعتوه لا يخير ويكون عند الام قال
والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض وفي المبسوط والجارية بعد
الاستغنا تحتاج الى تعلم الطبخ والغزل وغسل الثياب والام
اقدر على ذلك واصبر بتعليمها اداب النسا وعند الاب ربما
تختلط بالرجال فيقل حياؤها والحيا في النسا زينة وبعد البلوغ
تحتاج الى التزويج والحفظ وذلك الى الاب وقد صارت عرضة للفتنة

ومطمعة للرجال والنسا عندهن الغيرة التي عند الرجال ليست عند
النسا وترك الصبي عند النسا يفسد لسانه ويميل طبعه الى طبع
النسا فيفسد حاله ويجي مخنثا وعند الشافعي ابن سبع اذا اختار
انه يكون عندها بالليل وعند الاب بالنهار والبنت اذا اختارت
تكون عنده ليلا ونهارا وقال مالك الام احق بالجارية حتى تنكح
ويدخل بها الزوج وان حاضت ولا يخير الغلام ولا الجارية عندنا
وبه قال مالك وعند الشافعي يخير الغلام والجارية وعند ابن حنبل
اذا بلغا سبع سنين يخير الغلام وتسلم الجارية الى الاب من غير
تخيير هكذا في المغني قال ابن قدامة لا يصار الى تخيير الجارية
لان الشرع لم يرد به ولا تقاس على الغلام لانه لا يحتاج الى حفظه
وتزويجه كحاجتها وهو غلط من وجوه الوجه الاول ان الشرع
قد ورد به وقوله لم يرد به غير صحيح بيانه رواية عبد الحميد
ابن جعفر ان جده اسلم وابت امراته ان تسلم فجات الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم او شبهه وقال رافع
ابنتي فقال له رسول الله اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية
فاقعد الصبية بينهما وقال ادعواها فمالت الى امها فقال عليه
السلام اللهم اهدها فمالت الى ابيها فاخذها رواه ابو داود واحمد
وعبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن رافع بن سنان انصاري
قال في المغني ويحتمل انها اختارت اباها ببركة دعوة النبي
عليه السلام وهو الحق والوجه الثاني ان الشرع الوارد
في الذكر وارد في الانثى في قواعد الشرع قال عليه السلام من

قوله [illegible] وفي [illegible] الراس [illegible] ابو [illegible] ذلك [illegible] ويحكى عليه [illegible] الام وله [illegible] العصمه

اعتق شقصا له في عبد وحاشر كاله والحديث في صحيح مسلم وقد ثبت حكمه في الامه بهذا النص بالاجماع عند من يقول بالقياس ومن لا يقول به ولم يفرق احد بين العبد والامه وقال في اعتاق العبد مصلحه عظيمه له لا توجد في اعتاق الامه لانه يمكنه من الاكتساب للمال والتصرفات النافعه له وهو قادر على ذلك بخلاف اعتاق الامه فانها اذا صارت حره عجزت عن نفقتها وكسوتها التي كان مالكها يقوم بها ولم يبد احد تلك الفروق الفاسده التي ذكرها ابن قدامه بل في تسليم الصبي بعد البلوغ سبع سنين الى الاب اصلاحه لانه يؤدبه ويثقفه ويتخلق عنده باخلاق الرجال وفي اختيار امه فساد حاله على ما ذكرنا قبل هذا وهو الوجه الثالث والوجه الرابع ان احدا من السلف لم يقله وهو احداث قول ثالث والمختار في الاصول انه خرق للاجماع فلا يقبل واذا مرض احد الابوين لا يمنع الصغير من عيادته وحضوره عند موته سواء في ذلك الذكر والانثى وان مرض عند الاب فالام احق بتمريضه في بيتها واذا اراد احدهما السفر غير سفر نقله واقامه فالولد يكون عند المقيم منهما حتى يعود من سفره وفي حديث عبد الحميد بن جعفر روايه اخرى ان جده اسلم وابت امراته ان تسلم فجا بابن له صغير لم يبلغ فاجلس النبي عليه السلام الاب هاهنا والام هاهنا ثم خيره وقال اللهم اهده فذهب الى ابيه اخرجه النساي وعن ابي هريره رضي الله عنه قال جات امراه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان زوجي هذا يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من

بير عنبة وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استهما عليه فقال زوجها ايحاقني في ولدي فقال عليه السلام هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شيت فاخذ بيد امه فانطلقت به اخرجه ابو داود والنساي والترمذي وابن ماجه قال الترمذي حديث حسن صحيح وعنبة واحد الاعناب والعنب واحاقني ينازعني في حقي منه ولا حجة لهم فيه وجوابه من اربعة اوجه اولها امرها بالاستهام عليه وهو متروك بالاجماع بيننا وبينهم وثانيها لم يذكر فيه طلاق وقولها ان زوجي دليل قيام النكاح بينهما وثالثها ليس فيه ذكر سبع سنين وهم يشترطون للتخيير سبع سنين بل الحال يقتضي ان يكون عمره اقل من ذلك لان مثل هذا يستعمل في اوايل الاسنان في ابن اربع او خمس وقول المنذري هذا في غلام استغنى عن الحضانه بعيد ورابعها ان بير عنبة كانت بالمدينه ولا يمكن الصغير ان يستقي منها فهو محمول على البالغ وعندنا البالغ مخير ولان ابن السبع لا قول له يعتمد عليه ولا يعرف المصلحه لنفسه ولا لغيره ولا يختار الا الدعه واللعب ومن يمكنه من شهواته فيودي ذلك الى فساده وفي التصرف ولانه غير رشيد ولا اعتبار لقول غير الرشيد عندهم وعن محمد انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوه لتحقق الحاجه الى صيانتها والاب اقدر على صيانتها والمراه تخدع ومن سوى الام والجده احق بها حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا

تقدر على استخدامها ولهذا لا توجرها للخدمة وبعد ذلك يقع
استخدامها عالما وهي ليست من اهل استخدامها بخلاف الام والجدة
ولان حقها اكد ممن سواها لا يلحق بها في الزيادة وفي الغلام
قبل لو اهتدى الى الاشيا الاربعة تعتبر حاله ولا تعتبر المدة

قوله قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد
اذا اعتقت كالحرة في ولدها وفي الاسبيجابي الامة والمدبرة
اعتقها سيدها ولها ولد من غيره فلا حضانة لها فيه وملك
سيده يفعل فيه ما يشا فيحمل المذكور في الكتاب على الولد الحر
وفي التبصرة اختلفت المالكية في ام الولد اذا اعتقت مع اتفاقهم
على ثبوت حضانة الامة وهكذا في الجواهر وليس لها قبل العتق
حق في الولد وهو قول عطا والثوري والشافعي وابن حنبل وعند
مالك الحضانة ثابتة للرقيق قلنا هي عاجزة عن الحضانة
لاشتغالها بخدمة سيدها فلا نظر للصغير في تسليمها الى من
لا ينتفع به الصغير وقد قالوا لا حضانة لام الولد بعد عتقها
فكيف تثبت للرقيق ما لا تثبت للحرة وضعف هذا بين والذمية
احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخف ان يالف الكفر
وهو قول مالك في المشهور عنه وتمنع ان تغذيه خمرا ولحم خنزير وان
خيف ضمت الى ناس من المسلمين وهو قول ابن القسم وابي ثور وعند
الشافعي وابن حنبل وسوار والعنبري لا حضانة لها وهو رواية ابن
وهب عن مالك لنا انها حرة قادرة على الحضانة وما فيه من
احتمال الضرر يرتفع بما ذكرناه وعدم الخيار للغلام والجارية ذكرناه

فلا نعيده **مسئلة** واذا اراد الاب ان يسافر بولده سفر
اقامة في مدة الحضانة فليس له ذلك ذكره في التكملة هذا مذهبنا
وعند الايمة الثلاثة له ذلك وظلم الحاضنة الوالدة بابطال حقها
في الحضانة والاضرار بالطفل الضعيف وتعريض الطفل والطفلة
على الهلاك بالسفر الطويل وعسى ان يكون من غاية الى فرغانة وهو
محض اضرار بهما فكان حراما وكيف يسوغ ذلك ويبطل الحق الثابت
للام في الحضانة ويفرق بينها وبين قرة عينها وثمرة فوادها ولا
ترى ولدها ابدا فتقع بسبب ذلك في الوله والثكل بلا برهان
من كتاب ولا سنة ولا قول صاحب ولا قياس صحيح ولا فاسد
والرجال اغلظ كبدا واكثر احتمالا للضيم والضرر والنسا ارق
افيدة واقل صبرا على الشدايد فكانت رعاية جانبها اولى لو لم
تكن صاحبة الحق وكيف يقدم على ابطال حقها في الحضانة بالصد
ولان تجويز نقلها في مدة الحضانة فتح باب العدوان لان في
مستقر العادة كراهة الاب مونة الحضانة والغرض المرتب عليه
ولو عشر سنين عندهم اما عند مالك حتى تزوج ويدخل بها الزوج
ولا تعتبر عنده حيضها واما عند الشافعي فيخير وقد عنا الام
فيقدم على النقلة بالولد عنادا وفرارا من لزوم كلفة الحضانة وكثير
ممن لا يكون عنده تقوى يتمنى موت ولده حتى يتخلص من الغرم فكان
ذلك سدا لظاهر السفر والعجب من مالك فانا نراه يقول بسد
الذرايع **فصل** واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها
من المصر فليس لها ذلك الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج

فيه لانه قد التزم المقام فيه عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام
من تأهل ببلدة فهو منهم ويوجد في بعض النسخ ولهذا يصير الحربي به
ذميا وليس بصحيح وانما الحربية المستامنة لو تزوجت ذميا او
مسلما تصير ذمية وهذا اللام خاصة والجد وغيرها ليس لها ان
تخرج به بغير اذن الاب ولو ارادت الخروج به الى مصر غير وطنها
وقد كان التزوج فيها اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهو
رواية كتاب الطلاق من الاصل هكذا ذكره قاضي خان فشرط العقد
فيه وان يكون مصرها قال وهو الصحيح وفي الكتاب وهذا اصح وذكر
في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وقع في مكان يوجب احكامه
فيه كما اوجب البيع تسليم المبيع في مكانه وامساك الاولاد من احكامه
ووجه الاول ان التزوج في دار الغربة لا يكون التزاما للاقامة
فيه عادة فالحاصل انه لا بد من الامرين جميعا على رواية كتاب
الطلاق الوطن ووجود العقد فيه وهذا كله اذا كان بين المصرين
تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن الوالد ان يطالع الولد ويبيت
في بيته فلا يمنع من الخروج اليه وكذا الجواب في القريتين واراد
بالكتاب الاصل هكذا ذكره الكردري وفي الاسبيجابي كوفية
تزوجت بالكوفة ثم نقلها الى الشام فولدت له اولادا فيه ثم وقعت
الفرقة بينهما وانقضت عدتها فلها ان تنقل اولادها الى الكوفة لانه
لم يرض بغربة اولادها والزوج قد رضي المقام بالكوفة كما مر ولو تزوج
الكوفية بالشام ثم نقلها الى البصرة فارادت ان تنقل اولادها الى الكوفة
فليس لها ذلك لانه لم يوجد بالكوفة لا العقد ولا الولادة قال

الكردري هذا باتفاق الروايات ولا الى الشام ايضا وعن ابي يوسف
لها ذلك لوجود ولادة الاولاد فيه وكذا ذكره الطحاوي واعتبر
وجود الاولاد فيه لا غير ولو ارادت ان تنقل اولادها الى دار
الحرب فليس لها ذلك وان كان العقد في دار الحرب اذا كان زوجها
مسلما او ذميا وان كانا حربيين فلها ذلك ولو انتقلت من قرية
المصر فلها ذلك لنظر الصبي حيث تخلق باخلاق اهل المصر دون
اهل السواد والريف وفي عكسه ضرر بالصبي لانه يتخلق باخلاق
الرمانه واهل السواد وفي الاسبيجابي لو ارادت الانتقال من
المصر الى القرية وكان العقد وقع فيها فلها ذلك وذكر البقال
في الفتاوى انه ليس لها ان تنقله من مصر الى قرية بحال وذكر
ايضا ان لها ان تنقله الى بعض نواحي المصر وان كان الاب لا يمكنه
الرجوع من زيارته الى بلده في يومه قبل الليل وفي المنتقى روى
ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل تزوج امراة بالبصرة وولدت له
اولادا ثم اخرجهم الى الكوفة فطلقها فخاصمته في اولادها واراد
ردهم عليها قال ان كان اخرجهم باذنها فليس عليه ان يجيئهم
اليها فيقال لها اذهبي اليهم فخذيهم وان كان اخراجهم اليها بغير امرها
فعليه ان يجيء بهم اليها **فروع** ذكرها المرغيناني امراة
جاءت بصبي وقالت هذا ابن ابني وقد مات فاعطى نفقته فقال
امه لم تمت وهي في منزلي واراد اخذه منها لم يكن له ذلك حتى يعلم
القاضي امه فيجيء بها فياخذه منها لانه اقر لها بالحضانة حيث
اعترف انها جدته فان جاء بامراة وقال هذه ابنتك وهي امه وقالت

ابنتى ماتت فالقول للزوج لان الفراش لها فكان الولد لها فان
احضر الاب امراه وقال هى ام ابنى وقالت للجده ليست امه بل
امه سى وقد ماتت وقالت التى احضرها الرجل ما انا امه وقد
كذب الرجل ولكنى امراته فالاب اولى وباحد منها علل الخصاف
بانه لما قال هذا ابنى من هذه المراه فقد اكر كونها جده له
فكان منكرا حقها وهى قد اقرت له بالحق وفى جوامع الفقه يصدق
فى انها لا زوج لها او انه طلقها اذا كان غير معروف وروى ان
اولاد العمات على الترتيب المتقدم وقيل ان اولاد العمات والخالات
بمنزلتهن والمكاتبه ان ولدت قبل الكتابه فلا حق لها كام الولد والمدبره
وان ولدت بعد الكتابه كانت اولى به لدخوله فى كتابتها ولو قال
الاب هو ابن ثمان سنين وقالت ابن سبع سنين ان كان ياكل وحده
ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجى وحده دفع اليه والا فلا وان
ادعى عليها انها تزوجت وانكرت فالقول قولها وان قالت وطلقنى
وعاد حقى ان لم تعين الزوج فالقول قولها وان عينته لا تقبل قولها
فى طلاقه وان كان الاب معسرا فقالت العمه انا اربى بغير اجر والام
طلبت اجره فالعمه اولى هو الصحيح

بـــــاب النفقه

وهى مشتقه من النفوق الذى هو الهلاك يقال نفقت الدابه تنفق
نفوقا اى ماتت ونفقت السلعه نفاقا بالفتح اى راجت ونفقت
الدراهم والزاد تنفق نفقا اى نفدت وانفق القوم اى نفقت سوقهم
وانفق الرجل اى افتقر وذهب ماله وانفقت الدراهم من النفقه
ورجل منفاق كثير النفقه كمضراب قلت لكن لم اسمع نفقت

المال وهو من الثلاثى والنفقه ايضا مثال الهمزه والسوال بها
ايضا وقيل كل ما جاء مما فاوه نون وعينه فاء فدال على معنى الخروج
والذهاب مثل نفق ونفر ونفس ونفخ ونفد ونفذ ونفى وغير
ذلك قـــــوله النفقه واجبه للزوجه على زوجها مسلمه
كانت او كافره اذا سلمت نفسها فى منزله فعليه نفقتها وكسوتها
وسكناها وهذا اجماع الا ما روى عن عامر الشعبى انه قال ما رايت
احدا اجبر على نفقه احد ذكره عنه ابن حزم فى المحلى والاصل وجوب
نفقه الزوجات قول الله سبحانه قد علمنا ما فرضنا عليهم فى
ازواجهم الايه وقوله تعالى لينفق ذو سعه من سعته وقوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعن جابر بن عبد الله
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر فى خطبته فى حجه الوداع
فقال اتقوا الله فى النسا فانهن عوان عندكم اخذتموهن بامانه
الله واستحللتم فروجهن بكلمه الله ولكم عليهن ان لا يوطين
فرشكم احدا تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح
ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف رواه مسلم وابو داود
وعن ابى هريره رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم دينار انفقته فى سبيل الله ودينار انفقته فى رقبه ودينار
تصدقت به على مسكين ودينار انفقته على اهلك اعظمها اجرا
الذى انفقته على اهلك رواه مسلم واحمد وعن جابر ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال للرجل ابدا بنفسك فتصدق عليها فان
فضل شى فلاهلك فان فضل عن اهلك شى فلذى قرابتك فان

فضل عن ذي قرابتك شي فهكذا وهكذا رواه مسلم وابو داود
وابن حنبل وعن معويه بن حيدرة القشيري قال اتيت
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت ما تقول في نسائنا قال
اطعموهن مما تاكلون واكسوهن مما تكتسون ولا تضربوهن ولا
تقبحوهن رواه ابو داود وعن عايشه ان هند بنت عتبة قالت
يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني
وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال خذي ما يكفيك
وولدك بالمعروف رواه الجماعه الا الترمذي وعن ابي هريره
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خير الصدقه ما كان منها
عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدا بمن تعول فقيل
من اعول يا رسول الله قال امراتك ممن تعول يقول اطعمني والا
فارقني جاريتك يقول اطعمني واستعملني ولدك يقول الى من
تتركني رواه احمد والدارقطني قال ابن تيمية باسناد صحيح
وخرجه الشيخان من طريق اخر وجعلا الزيادة المفسرة فيه
من قول ابي هريره قالوا يا ابا هريرة سمعت هذا من رسول الله
قال لا هذا من كيس ابي هريره رواه البخاري وفي المحلى
من كيس عمر وابي هريره واخبر ابو هريره عن المراه وعمر عن الاغنياء
وقوله في حديث معويه بن حيدة اطعموهن مما تاكلون واكسوهن
مما تكتسون اخرجه عليه السلام مخرج الغالب وكانت اطعمتهم
متساويه في الغالب وكذا اكسوتهم ذكره ابن شداد في احكامه
وزاد الماوردي في الحاوي في حديث هند قالت هل علي فيه من

شيء فقال لا حرج ما يكفيك وولدك وليست ضمن الزيادة
في الحديث ولم يذكر انها كانت تاخذ بالمعروف ولو قالت ذلك
لم تعد بالمعروف ولان النفقه جزاء الاحتباس من المنتفع به اصله
القاضي والوالي والعامل في الصدقات والوصي والمفتي والمضارب
اذا سافر بمال المضاربه والمقاتله اذا قاموا بكفايه المسلمين
في دفع عدوهم يجب كفايتهم في مال المسلمين وفي الذخيره
اذا طلبت نفقتها وهي في بيت ابيها يجب عليه لان النفقه
حقها والنقله حقه فاذا ترك حقه لا يسقط حقها وذكر
محمد في الاصل ان المريضه والرتقاء اذا طلبت النفقه قبل تسليم
نفسها فرض لها النفقه ولم يحك خلافا وقال بعض المتاخرين
من ائمه بلخ لا تستحق النفقه حتى تزف الى منزل الزوج وليس
الفتوى عليه وفي مجمع البحرين يجب نفقتها وكسوتها وسكناها
بتسليم نفسها في منزل زوجها وهو روايه عن ابي يوسف واختارها
القدوري وفي المبسوط ذكر الاول قوله ويعتبر
ذلك حالهما جميعا قال شارح المختصر رحمه الله من اختيار
الخصاف وعليه الفتوى وفي البدايع قال الجصاص يعتبر حالها
فيها ان كانت تاكل في بيت ابيها خبز الشعير تطعم عند زوجها
البر ولحم الشاه اذا كان زوجها ياكل خبز الحوارى ولحم الحمل
والدجاج والحلوا وقال الكرخي يعتبر حاله قال صاحب
البدايع هو الصحيح لقوله تعالى لينفق ذو سعه من سعته قال
وهذا نص في الباب وذكر الخصاف في ادب القاضي ان المراه اذا

كانت مفرطة اليسار والزوج من اوساط الناس فرض عليه على قدر طاقته فاعتبر حاله دون حالها وكذا ذكره في كتاب النكاح وكذا ذكره الخصاف في الكسوه والصحيح اعتبار حالهما ذكره شارح ادب القاضي للخصاف وفي المبسوط المعتبر حاله في اليسار والاعسار في ظاهر الروايه لانها لما زوجت نفسها من المعسر فقد رضيت بنفقة المعسر فلا تستوجب عليه الا بحسب حاله وفي المغني يعتبر حالهما جميعا وفي شرح المدونه لابن يونس يعتبر في النفقه حاله وحالها وفي الحاوي للماوردي يعتبر حال الزوج دون الزوجه لما تلونا ولقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره والايه وان كانت في المتعه فحكمها وحكم الكسوة واحد ولنا حديث هند امراة ابي سفيان قال لها عليه السلام خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد اعتبر كفايتها وحالها ولم يعتبر حاله وقد ذكرنا الحديث وهو في الصحيحين وغيرهما والفقه فيه ان النفقه تجب بطريق الكفايه والفقيره لا تحتاج الى كفايه الموسرات الفايقات الغنى ولا معنى للزياده واعتبار حال الازواج المفرطين في اليسار والبسطه وكثره الاموال ونحن نقول بموجب الايه انه مخاطب بقدر وسعه والفاضل يكون دينا في ذمته اذا فرضت عليه ويوجد منه اذا ايسر قال صاحب الكتاب وتفسيره انهما اذا كانا موسرين يجب نفقة اليسار وان كانا معسرين اي مقترين فنفقة الاعسار وان كانت معسره والزوج موسر يجب لها نفقة الموسره وفوق نفقة

المعسره وبالعكس والمعروف هو الوسط وفيما قلنا اعمال الدليلين والعمل بالنصين ورعايه الجانبين فكان اولى القولين ويدل عليه ايضا قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف قيل هي في المطلقات وهو الظاهر وقيل في الزوجات وقال الشهيد في النفقات قيل يرضعن خبر يعني في الاعم الاغلب وليس بامر فلم يكن فيها الزام الوالده بالارضاع وقد تقدم وقيل الخبر بمعنى الامر فلهذا لا يجوز لها اخذ الاجره عليه على ما ياتي وان كانت لا تجبر في الحكم وفي الحاوي قال الماوردي نفقة الزوجات مقدره تختلف باليسار والاعسار ويعتبر حال الزوج دون الزوجه قال وقال ابو حنيفه ومالك وابن حنبل لا اعتبار بيسار الزوج واعساره لما لغواني الاحكام الللة فلم يجعلوها مقدره ولا معتبره بحال الزوج ولا تختلفه باليسار والاعسار قلت اما قوله لم يجعلوها مقدرة يعني بالمدين من الحب على الموسر ومد واحد على المعسر ومد ونصف على المتوسط كما جعله مقدره فنقله عنهم صحيح وعن مالك تفرض مد بمد مروان كل يوم وهو مد وثلث بمد النبي عليه السلام قال ابن حبيب اخذه هشام ابن اسمعيل لفرض نفقة الزوجات فاستحسنه مالك ذكره في الانوار وهو خلاف ظاهر مذهبه ولا معتبر بحال الزوج يعني وحده وقد ذكرنا اختلاف الاصحاب فيه وقوله ولا تختلفه باليسار والاعسار صحيح وقد ذكرنا اختلافها باليسار والاعسار وفي المغني نقل عن ابي حنيفه ومالك انه يعتبر فيهما

غيره

حال المراه وليس كما قال بل المعتبر حالهما او حال الزوج
كقول الشافعي ولا اعتبار بحال المراه وحدها ثم قال النفقه
مقدره بالكفايه وتختلف باختلاف من يجب له النفقه وهو
قول ابي حنيفه وملك قلت وينبغي له ان يقول وباعتبار
من يجب عليه ايضا كما مذهبه وقال القاضي من الحنابلة
مقدره برطلين من الخبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر اعتبارا
بالكفارات وانما يختلف الموسر والمعسر في الجوده والصفه
واما في قدر الماكول وما تقوم به البنيه فلا يختلفان ان ايجاب
الاقل من الكفايه ترك للمعروف وايجاب الكفايه انفاق بالمعروف
وقال الماوردي في الحاوي واولى الاصول في اعتبار الحب
في النفقه الكفارات لانها طعام يقصد به سد الجوعة
ويستقر في الذمه قال ثم وجدنا اكثر الطعام المقدر في
الكفاره فديه الاذى وهي مدان لكل مسكين فجعلناه اصلا
لنفقه الموسرين فاوجبناه نفقه لزوجته في اول كل يوم
ولانه اكثر ما يقتاته الانسان عاده ووجدنا اقل الطعام
المقدر في الكفارات كفاره الوطء في شهر رمضان لكل
مسكين مد فجعلناه نفقه لزوجه المعسر وهو اقل ما يقتاته
الانسان في الاغلب وجعلنا للمتوسط مدا ونصفا دون نفقه
الموسر وفوق نفقه المعسر والمد مايه وثلثه وسبعون درهما
وثلث درهم ذكره في المنهاج ويعتبر اليسار والاعسار بالكسب
في وجوب النفقه لا باصل المال وهو حكم محض بخلاف المعروف

بين الناس قال ويعتبر ذلك في الكفارات وسوا كان المقدر
فوق شبعها او وفق شبعها او مقصرا فان زاد على شبعها
كانت ملكا لها وان نقص ولم تقدر على التقنع به كان الزوج
بالخيار بين ان يتم لها شبعها وبين ان يمكنها من اكتسابه
فايهما فعل فلا خيار لها فان لم تقدر على الاكتساب لكفايتها
صارت من اهل الصدقات تاخذ باقي كفايتها من الزكوات
والكفارات وهذا عجب ان الله سبحانه يقول قد علمنا
ما فرضنا عليهم في ازواجهم وما ملكت ايمانهم فقد اخبر
سبحانه انه فرض علينا ولم يفرض كفايتها من نفقتها على
اصحاب الكفارات والزكوات قال ويقدر لاهل الحجاز
بالتمر لانه قوتهم ولاهل الطايف بالشعير لانه غالب قوتهم
ولاهل اليمن بالذرة ولاهل العراق بالبر ولاهل طبرستان
بالرز فتستحق نفقتها من ذلك ولا يعتبر الحب من البر
والشعير والذرة دقيق ولا خبز لوجهين احدهما ان ذلك
لا يصلح للادخار والازدراع والثاني يثبت في الذمه دون
الدقيق والخبز قلنا ما المانع من ثبوت الدقيق والخبز
بالقرض في ذمته كالسلم فيهما واعتبار الادخار والازدراع
باطل لوجهين احدهما ان الشرع لم يرد في النفقه بالحب
اصلا فبطل دعوى الادخار والازدراع فيها والثاني النفقه
تجب كفايه اليوم فلا معنى لدعوى الفرق البارد ولانه اذا
دفع المد اليها يجب عليه ان يدفع اليها اجرة طحنه حتى يصير دقيقا

واجرة خبزه حتى يصير خبزا او يقيم لها من يطحنه ويخبزه فما المانع من دفع الحب ابتدا وانما هذا ظاهرية محضة بلا دليل من كتاب او سنة او قول صاحب عند من يقول به او قياس قال ولا يجب عليه الخبز ابتدا وان طلبته ولو اتفقا على القيمة ففي جوازها وجهان وفي المنهاج عليه تمليكها حبا وكذا عليه طحنه وخبزه في الاصح ويجوز الاعتياض في الاصح الا دقيقا وخبزا على المذهب ولو اكلت معه سقطت نفقتها في الاصح قلت اذا لم يجز الاعتياض عن البر بالخبز كيف يسقط الحب الواجب باكل ما لم يجز ان يكون عوضا عنه ولم يكن حقها وفي المغني لابن قدامة اعتبار النفقة بالكفارة لا يصح لان الكفارة لا تختلف باليسار والاعسار ولا هي مقدرة بالكفاية وحديث هند السابق نص على الكفاية ولهذا لا يشترط الادام قلت هذا عندنا في خبز البر دون الشعير وغيره قال صاحب المغني وايجاب الحب تحكم والشرع ورد بالانفاق مطلقا من غير تقييد ولا تقدير فيجب ان يرد الى العرف والعادة وذلك في الخبز والطعام والادام دون الحب قال ابن قدامة لو دفع اليها دقيقا او سويقا او خبزا او بعد لم يلزمها قبوله عند الشافعي قلت ولو تراضيا على الدقيق والخبز لم يجز على المذهب كما ذكرنا وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه ينفقون على انفسهم وازواجهم واهليهم ما يسوغ لهم اكله دون الحب قال ولان

الحب يحتاج الى طحنه وخبزه فيكلف ذلك من مالها فلا يحصل الكفاية بنفقتها قلت ذلك على الزوج في الاصح ذكره النووي وقال الشيخ عز الدين بن عبد السلام في القواعد هلا قدر الشافعي نفقة الزوجات بالحاجة والكفاية كنفقة الابوين والاولاد ولم قدرها بالامداد قال قلنا لما كانت النفقة عوضا عن البضع قدرها لان الاصل في الاعواض التقدير قلت هذا قوله القديم وفي الجديد يجب بالتمكين لا بالعقد ونذكر الدليل بعد هذا على فساد القولين عن قريب ان شاء الله تعالى والعجب منه كيف وجه الامداد على القديم وليس مذهبا للشافعي فانه قد غسل كتبه القديمة واشهد على نفسه بالرجوع عنه وهكذا نقله اصحابه عنه منهم امام الحرمين وقال تاج الدين عبد الرحمن المعروف بالفركاح من جعل القول القديم مذهبا له فقد كذب عليه وصنف في ذلك كتابا واستدل في القواعد على بطلان الامداد بقوله عليه السلام الثابت لهند امراة ابي سفيان خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف ولم يكن هند عارفة بكون المعروف مدين في حق الغني ومدا في حق الفقير ومدا ونصفا في حق المتوسط قال وقد نص الله سبحانه على المعروف في الكسوة بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف قلت رزق المطلقات وكسوتهن كل منهما مقيد بالمعروف في الاية قال والغالب ان كل ما ورد في الشرع الى المعروف انه غير مقدر وانه يرجع فيه

الى ما عرف في الشرع او الى ما يتعارف اذا من قال ولا فايده
في التقدير بالحب فان ما نضم اليه من مونة اصلاحه مجهول والمجهول
اذا ضم الى المعلوم صار كله مجهولا ولم يعهد في السلف ولا في الخلف
ان احدا انفق الحب على زوجته مع مونة اصلاحه بل المعهود منهم
الانفاق مما ياكلون على جاري العاده والذي قاله الشافعي مود
الى ان يموت كل انسان ونفقة زوجته في ذمته لان المعاوضة عن
الحب الذي اوجبه الشافعي بما يطعمه الرجل من الخبز والادم وغيرها
لا تصح في الشرع فلا يكون عوضا ولو جاز ان يكون عوضا لم تبرا
ذمته من النفقه لانه لم يتعاقد عليه الزوجان وما بلغنا ان احدا
من السلف اطعم زوجته على العاده ثم اوصى بان يوفى نفقه لها
من ماله ولا حكم بذلك حاكم على احد من الازواج بعد موته انتهى كلامه
في القواعد وقد تركوا قوله في جميع البلاد الاسلاميه في التقدير
بمدي قمح على الروسا والاكابر في نفقات زوجاتهم وانما نفرض
الفراض على الامرا والجند بالدراهم ولا يرضى بالقمح احد من الناس
ولا يعرف هذا في العالم الا من الكتب على قول حكاية قول الشافعي
وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه
منع بحق فلا يحرم نفقتها وكذا بعد الدخول عند ابي حنيفه وقد
تقدمت المسئلة في كتاب النكاح قوله وان نشزت
فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله وفي المغني وهو حاضر فان كان
غايبا لم تعد نفقتها حتى يعود وهو الاصح عند الشافعيه
وسقوط النفقة بالنشوز قول الائمة الاربعة واصحابهم الا

الحكم من المالكيه ومن تابعه من المغاربه وفي الانوار قال
عبد الوهاب لا نفقه للناشز وعليه العراقيون من المالكيه
قال ابو الوليد وهو الاظهر واختلف المغاربه فيها واوجبها
اكثرهم وقالوا هي في مقابلة الاستباحه فلا تسقط بمنع المباح
كنفقة الابق على سيده وهو قول الشعبي وعمر بن عبد العزيز
ذكرها ابن زرقون من المالكيه وداود ولو امتنعت في منزل
الزوج من تمكينه فلها النفقه عندنا وبه قال مالك لان
النفقه لاجل الاحتباس المنتفع به وهو قايم لانه يقدر على وطيها
كرها او بحيلة وفي المدونه لو كانت معه في منزله ومنعته نفسها
فعليه النفقه وله الاحتيال الى الوصول اليها والعاده ان البكر
لا توطا الا كرها والثيب اسهل وعند الشافعي لا نفقه لها لانها
بمقابلة التمكين عنده لا بمقابلة البضع على الجديد كنفقة العبد
المشتري فان الثمن مقابل بالرقبه والنفقه تجب بسبب الملك
وقال اصحابنا نفقه الزوجه بمقابلة الاحتباس المنتفع به
وفي الانوار النفقه بمقابله استدامة الاستمتاع بها ولا
يجوز ان تكون بمقابلة البضع لوجوه احدها ان مجموع النفقه
في غاية الجهاله والزمان الذي تجب فيه النفقه لا يعلم عند العقد
قطعا فلا يتصور جعلها عوضا عن البضع الاترى انه لو تزوجها
على الف درهم وعلى مد في كل يوم لا تصح التسميه بالاتفاق وثانيها
انها تسقط بالنشوز كما تقدم ولو كان بمقابلة البضع لم تسقط
به كالمهر وثالثها لو كانت صغيره لا توطا مثلها لا تجب

النفقه مع وجوب المهر فلو كانت في مقابله البضع لوجبت كالمهر
ورابعها ان النبي عليه السلام تزوج عايشه ولم يدخل بها
سنتين وما انفق عليها حتى دخل بها ولو كان حقا واجبا عليه
لما تركه سنتين وفي الحاوي يجب بالتمكين والعقد شرط بهذا
عند البغداديين وعند البصريين بالعكس ولا يجوز ان يكون بمقابله
التمكين طردا وعكسا فانه قد يوجد التمكين ولا يجب النفقه كالامه
اذا مكنت من نفسها ليلا او نهارا ولم يبوئها المولى منزلا ولم
يسلمها الى الزوج وقال له متى ظفرت بها وطيتها وكذا لو سلمها
اليه ليلا ولم يسلمها نهارا ذكره في التتمه او كانت تمتنع من النقله
الى منزل الزوج وتمكنه من وطيها في منزل ابيها ويجب للرتقا والقرنا
والمريضه مع عدم التمكين من استحاله الوطي او لحوق الضرر بها
بوطيها وفي الحاوي ان كان في جماعها شده ضرر بها منع
الزوج واخذ بنفقتها وذلك اما لضؤله جسدها او لضيق
فرجها او لعظم خلقه وغلظ ذكره فيمنع من وطيها لانه ربما افضاها
وادى الى تلفها وليس ذلك بعيب يوجب الفسخ فان ادعت العجز
عن احتماله وانكر ترى النسا الثقات اذا لم يمكن علمه الا عند
الايلاج ينظر اربع من النسا الى ذكره عند ادخاله في احد الوجهين
على اعتبار انه شهاده وان كانت الزوجه صغيره لا يستمتع بها
فلا نفقه لها معناه لا يوطا مثلها وفي الذخيره لو سلمها
وهي صغيره لا تصلح للجماع لا يجب نفقتها سوا كانت في بيت
الزوج او في بيت ابيها لان سبب وجوب النفقه الاحتباس المنتفع

به اذ الانتفاع هو المطلوب والاحتباس وسيله اليه وفي
الصغريين لا نفقه لها وان كانت كبيره تجب وفي الانوار ان الزوج
لم يبلغ او كانت ممن لا يمكن وطيها فلا نفقه لها وفي الجواهر
وقيل يلزمه الدخول والنفقه اذا بلغ الوطي وان لم يحتلم وفي الحاوي
نص الشافعي في كتاب النفقات وعشره النسا على انه لا نفقه
للصغيره واختاره المزني وفي قول يجب وان كانت كبيره والزوج
صغير قال المروزي يجب قولا واحدا كقولنا وان كانا
صغيرين الاصح وجوبها وفي المنهاج الاظهر ان لا نفقه لصغيره
وانها تجب لكبيره على صغير وفي التتمه اصح القولين فيهما انها
لا تجب وفي المغني الصغيره التي لا يمكن وطيها لا نفقه لها وعليه
الجمهور وعند الثوري يجب قلت وهو قول داود الظاهري
واصحابه ولو كانت في المهد ذكره في المحلى لاطلاق الزوجات
وفي الاشراف لو زوج الصغير كبيره فلها النفقه واختاره
ابن المنذر وقال مالك لا نفقه لها وفي الذخيره وتجب
نفقه الكبيره على الزوج وان تعذر وطيها لعارض كالرتق
والقرن والحيض والمرض كان ذلك قبل النقله اليه او
بعدها في بيت الزوج حتى الكبيره في بيته مرضا يمنعه من
الجماع او زفت اليه كذلك او لم تزف الا انها غير مانعه
نفسها او مانعه بحق تجب وهذا ظاهر الروايه لحصول
الانتفاع بالدواعي والاستيناس وعن ابي يوسف في الرتقا
والمريضه التي لا يمكن وطيها لا نفقه لها قبل النقله وان انتقلت

اليه بغير رضاه فله ردها الى اهلها وان نقلها مع علمه بذلك لا يردها ولها النفقه للتسليم القاصر بخلاف الصغيره التى لا تجامع لان المنفعة فيها فائتة حتى لو كانت الصغيره تصلح للخدمه والاستيناس فنقلها الى بيته فليس له ردها وتستحق النفقه عند ابى يوسف فاعتبر منفعه للخدمه والاستيناس على هذه الروايه وعن محمد فى الرتقا لا يلزمه نفقتها قبل نقل الزوج بنفسه كقول ابى يوسف بخلاف ما لو مرضت فى منزل الزوج فانه ليس له ان يحولها الى اهلها بل ينفق عليها قال ابو يوسف الا ان يتطاول مرضها فيكون بمنزلة الرتق عنده وفى كتاب الاقضيه اذا تزوجها رتقا او مريضه فلها النفقه لان الرتقا قد يجامع فيما دون الفرج وكذا المريضه فيجب النفقه فعلى هذه العله اذا كانت الصغيره مشتهاه ويمكن جماعها فيما دون الفرج يجب نفقتها وقوله لانها عوض عن الملك عنده هذا قوله القديم فقد رجع عنه وقوله ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد غير لازم فانه لو تزوجها على الف درهم وعبد او عرض يجوز ويكون الكل عوضا واحدا فكذا مع غيرها من المسمى والمانع من ذلك قد ذكرناه قبل هذا وزوجة المجبوب لو كانت صغيره فلا نفقه لها حتى تحتمل الجماع وان كان الجماع لا يتاتى من المجبوب قوله واذا حبست المراه فى دين فلا نفقه لها لان فوات الاحتباس جا من جهتها بالمماطله وان لم يكن منها بان كانت عاجزه فليس منه وكذا لو غصبها رجل

فرس

وذهب بها وعن ابى يوسف ان لها النفقه والفتوى على الاول وفى الوجيز تسقط النفقه بفوات الاحتباس لا من الزوج على روايه الاصل والجامع والخصاف وهو الاصح وفى الذخيره هو الصحيح وفى روايه ابى يوسف لا واختارها ركن الاسلام ابو الحسن على بن الحسين السغدى وانما المسقط عنده فوات الاحتباس من جهتها وفائدته لو حبست ظلما او غصبها انسان لا يجب نفقتها على الاول ويجب على الثانى وفى البدايع قال فى الجامع اذا حبست فى دين فلا نفقه لها ولم يفصل بينما اذا كان حبسها قبل النقله او بعدها وبينما لو كانت قادره على محاسه فى الحبس او لا وذكر الكرخى انها اذا حبست فى دين قبل النقله فان كانت تقدر ان تخلى بينها وبينه فى الحبس فلها النفقه وان كانت محبوسة فى موضع لا تقدر على التخليه فلا نفقه لها وهو تفسير ما اجمله محمد رحمه الله فى الجامع ولو حبست بعد النقله لم تبطل نفقتها وذكر القدورى ان ما ذكره الكرخى فى الحبس محمول على ما اذا كانت لا تقدر على قضامه اما اذا كانت تقدر فلم تقض وصبرت على الحبس فلا نفقه لها وهذا كانها حبست نفسها وفى ادب القاضى للخصاف ان الحبس من قبلها على ثلثه اوجه اما ان تكون نشزت او حبست بحق او بغير حق فلا نفقه لها فى الوجوه الثلثه اما اذا كان حبسها بغير حق بان لا تقدر على ادا دينها او حبست ظلما فلان لم يجى من قبل الزوج وفيه خلاف

ابى يوسف وان كان الحبس جهة الزوج فهو على ثلثه اوجه ايضا
ان هرب او حبس بحق او بغير حق لا يسقط نفقتها وفى الذخيره
لو حبس الزوج وهو يقدر على ادا الدين او لا يقدر او حبس ظلما او
هرب فلها النفقه لفواته من جهته وان حبست بعد النقله
وبعد ما فرض لها النفقه لا تبطل نفقتها لان المنع لعارض الزوال
وهو غير مضاف اليها فلا يوثر فى اسقاط حقها كالحيض والنفاس
وان قدرت على ادا الدين فلم تفعل فلا نفقه لها وهذا كله قول
ابى يوسف واختيار القاضى ابى الحسن السغدى على ما تقدم
وذكر محمد فى الجامع من غير ان حبسها يسقط نفقتها واستشهد
محمد بغصب العين المستاجره من يد المستاجر حيث يسقط الاجر
عنه لفوات الانتفاع لا من جهته كذا هنا ولو حجت بدونه بمحرم
او بغير محرم لا تجب لفوات الاحتباس لا منه وعن ابى يوسف لها
النفقه تعطى نفقه شهر واحد والباقى تاخذ اذا رجعت لانه
لا تقضى لاكثر من شهر ذكره فى المنصورى وفى الذخيره والبدايع
لكن تجب نفقه الاقامه دون السفر لانها هى المستحقه ولو سافر
معها زوجها تجب عليه نفقه الاقامه ولا تجب غلا السعر ومونه
السفر والكرا حتى لو كانت نفقتها فى الحضر درهم وفى السفر
نصف دينار تجب درهم والباقى من مالها وعن ابى يوسف بعد
النقله تجب فى الحبس والحج وقبلها لا تجب وعنه يومر الزوج ان
يحج معها وينفق عليها ذكره فى الجامع وفى الذخيره لو حجت
حجة الاسلام قبل البنا بها فلا نفقه لها وبعده تجب فى قول

ابى يوسف وقال محمد لا نفقه لها قال صاحب الذخيره
هكذا ذكره القدورى وذكر الخصاف انه لا نفقه لها ولم يذكر
خلافا لابى يوسف ان التسليم قد وجد وهى مضطره فى حجة
الاسلام بخلاف ما اذا لم تبن عليها لعدم التسليم واجمعوا على
ان الصوم والصلاة لا تسقط النفقه ولو اقامت هناك مده
لا يحتاج اليها فلا نفقه لها وان مرضت فى منزل الزوج فلها
النفقه استحسانا وفى البدايع لو آلى منها او ظاهر فلها
النفقه وكذا لو وطئت بشبهه او وطئ الزوج عمتها او
خالتها او اختها بشبهه او بنكاح فاسد فلها النفقه وان
امتنع وطيها حتى تنقضى عدتها وفى الحاوى لو احرمت بحج
فرض او نفل بغير اذنه فلا نفقه لها وباذنه وذهب معها فلها
النفقه وكذا ان لم يكن معها فى اظهر القولين وفى الجواهر
تجب النفقه للرتقا والمريضه والمجنونه وان زوجت صغيره
من صغير فلا نفقه لها حتى تبلغ وتطيق وفى المغنى لو سلمت
نفسها وهى حايض او نفسا او مريضه او رتقا لزمته النفقه
وكذا ان حدث فيها شى من ذلك فى منزله لان الاستمتاع بها
ممكن وان ادعت ضررا فى وطيه لضيق فرجها او قروح به وانكره
ترى امراه ثقه ويعمل بقولها وان ادعت عبالة ذكره وعظمه
تنظر اليهما امراه ثقه كقولنا وعند ملك يشترط امراتان
وعند الشافعى اربع وقد ذكرنا ذلك عنه ولو امتنعت حتى
تقبض صداقها فلها النفقه ولو كان المنع لصغر او مرض لم يلزمه

النفقه ولو احرمت بحج نفل بغير اذنه سقطت نفقتها وكذا باذنه في الصحيح وقال القاضي لها النفقه وان احرمت بالحج الواجب من الميقات فلها النفقه لانه منع بحق كما لو صامت رمضان ولو كان احرامها قبل الميقات او قبل الوقت فلا نفقه لها لانها فوت التمكين بشيء مستغنى عنه وفي الصوم التطوع تسقط نفقتها وعن ابي يوسف انها اذا سلمت ثم مرضت يجب نفقتها لتحقق التسليم التام ولو مرضت ثم سلمت لا يجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا احسن وفي لفظ المختصر ما يشير اليه وهو قوله ان مرضت في منزل الزوج وفي الجامع مرضت في منزله او زفت اليه مريضه يجب استحسانا كالرتق والقرن وقياسا لا كالصغيره وخلاف ابي يوسف في الثانيه ولو منعت نفسها لاستيفا مهرها يجب وعن ابي يوسف لا يجب قبل النقله اليه وكذا لو منعت نفسها بعد دخوله يجب عند ابي حنيفه وقد مرت غير مره ولو كان سلمها ابوها وهي مراهقه فوطيها الزوج فللاب منعها اتفاقا لعدم صحة التسليم ذكره الشهيد ولا يشترط في المكاتبه التبويه كالحره واذا بوا الامه حتى وجبت نفقتها فله اخذها وتسقط لان التبويه اعاره لا لزوم فيها

قـــــوله ويفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقه خادمها ايضا وهو قول الايمه الاربعه وفي الاسبيجابي والينابيع ان كان لها خادم متفرغ لخدمتها ليس له شغل غير خدمتها فرض له النفقه بالمعروف وفي الذخيره ان لم يكن لها خادم لا تفرض

عليه نفقه خادم في ظاهر الرواية عن اصحابنا الثلاثه ولو ابى الزوج ان ينفق على خادمها وجا بخادم من عنده لم يقبل منه وعن بعض مشايخنا له ذلك كما لو خدمها بنفسه ثم اختلف مشايخنا في الخادم اي خادم هي منهم من قال هي مملوكتها حتى لو كانت حره او غير مملوكه لها لا تستحق النفقه ومنهم من قال كل من يخدمها وان كان معسرا لم يفرض لها نفقه خادم وان كان لها خادم في روايه الحسن عن ابي حنيفه وهي الاصح وعند محمد يجب نفقه خادمها اذا كان لها خادم وفي الانـــوار وعليه اخدامها ان كانت لا تخدم نفسها لشرفها وغنى زوجها وان كانت من اهل الضعه فليس عليه خدمتها ولو قال انا ادفع اليها ولا انفق على خادمها فلم ترض هي الا بخادمها فلها ذلك ويلزمه ان ينفق عليها وفي الحاوي نفقه خادمها ان كان مملوكا لها دون نفقه زوجته فجعلوها مدا على الموسر والمتوسط والمقتر وسووا فيه بين القادر والعاجز وفي المغني ان كانت من ذوي الاقدار يجب لها نفقه خادم واحد ولا يلزمه تمليك الخادم منها وان قالت انا اخدم نفسي وطلبت اجره خادم لا يلزمه وان قال الزوج انا اخدمك بنفسي لا يلزمها لانها تحتشمه وفي ذلك غضاضه في حقها لكون زوجها خادما لها وفي وجه يجوز ويلزمها الرضى به وفي الكتاب ما يدل على ان الثاني قولنا لانه قال لو تولى ذلك بنفسه كان كافيا ولا يفرض لاكثر من خادم واحد وهذا قول الجمهور منهم الايمه الاربعه ومحمد وقال ابو يوسف يفرض

خادمين احدهما لمصالح داخل البيت والاخر لمصالح خارجه ،
وهو نظير الخلاف في الغازي اذا حضر الغزاه بافراس يسهم
لفرس واحد عندهما وعند ابي يوسف لفرسين على ما ياتي في
السير ان شا الله تعالى وفي فتاوى اهل سمرقند اذا كانت من
بنات الاشراف وذوي الاقدار ولها خدم كثير يجبر على نفقه
خادمين وعن ابي يوسف في روايه اخرى اذا كانت فايقه
في الغنى والرخت ولها خدم كثير وزفت اليه كذلك استحقت
نفقه الخدم كلها على زوجها وهي روايه هشام عن محمد وفي الينابيع
وعن ابي يوسف يفرض للمفرطه في اليسار بخدامها وان كثروا
واختاره الطحاوي وان كانت الزوجه امة فلا نفقه لخادمها
ولو كان له اولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين واكثر
بخلاف الزوجه لحصول المقصود بخادم واحد والخادم اذا لم يخدم
لا يستحق النفقه لانه ليس بخادم وفي الذخيره كما يفرض
نفقه القاضي نفسه في بيت المال يفرض لخادمه ايضا كذا الزوجه
وقال ابو بكر بن المنذر في الاشراف ليس في وجوب نفقه
الخادم اصل يعتمد عليه من خبر يجب قبوله فتفرض لخادم واحد
وهو اقل ما قيل فيه وعند الظاهريه لا يفرض لخادم ولو كانت
بنت السلطان ذكره في المحلى وفي الذخيره يجب نفقة الامة
على زوجها حرا كان او عبدا او مكاتبا او مدبرا اذا بواها مولاها
بيتا في منزل الزوج ولم يستخدمها لتفرغ نفسها للقيام بمصالح
زوجها وكذا لو تزوجوا حرة وقد بوئت بيتا يفرض عليهم نفقتها

شرط التبويه في الحره وهذا الايكاد يصح والحره لا يستحق احد
خدمتها فينبغي ان يستحق النفقه اذا لم تمنع نفسها قلت
يحتمل ان يكون مستاجره لخدمة امرا او ظيرا عند احد ولو
كانت الامة تذهب الى المولى في بعض الاحيان وتخدمه من غير
استخدامه فلها النفقه ولو استخدمها اهل المولى ومنعوها
من الرجوع فهو كاستخدامه تسقط به نفقتها ولو تزوج العبد
باذن المولى وفرض القاضي عليه النفقه تتعلق برقبته فيباع
فيها وان فداه المولى لم يبع فان اجتمعت مره ثانيه يباع فيها
ايضا فان مات العبد سقطت النفقه ولا يطلب بها المولى كالعبد
الجاني اذا مات لان محل الاستيفا قد فات بالموت وان قتل
انتقلت النفقه الى قيمته قال القدوري هذا غير صحيح
بل تسقط بالموت لمعنى الصله والقيمه انما تقوم مقامه في حق
دين لا يسقط بالموت وفي البدايع ان مات العبد سقطت
نفقتها وكذا لو قتل في ظاهر الروايه وذكر الكرخي انها تنتقل
الى قيمته لقيامها مقام العبد ووجه الظاهر ان فيها معنى
الصله فاشبه الحر اذا قتل خطا لا تؤخذ النفقه من ديته
قال وكذا في المدبر والمكاتب تتعلق برقبته وكسبه وفي
الذخيره لا تتعلق برقبه المكاتب فان عجز بيع فيها وفي
الاشراف على العبد نفقه زوجته قال ابن المنذر اجمع كل
من نحفظ عنه من اهل العلم على ذلك كالايمه الاربعة واصحابهم
والعبد يباع في النفقه عندنا وعند الشافعي لا يباع ويثبت لها الخيار

في الفرقة وكذا عند احمد لكن على سيده وفي رواية في كسبه وفي التنبيه وفي العبد غير المكتسب يجب في ذمة سيده وقيل في ذمته يوخذ بها بعد عتقه وفي الامة لسيدها والذمية في النفقة كالمسلمة وامراة اكلت من مال زوجها زمانا ثم ظهر انه كان ميتا قبل ذلك فهو من نصيبها وهو قول ابي العالية وابي قلابة ومحمد بن سيرين والشافعي وقال الحسن والنخعي هو لها بما حبست نفسها عليه وهو يعد من النفقة اذ المال لورثته وهي لم تحبس نفسها لهم واذا كان له عليها دين فقال احسبوا نفقتها مما لي عليها وجب قصاصها به عند الكوفي ولابي ثور قولان احدهما كذلك والثاني ان عليها تركها حتى يحصل لها اليسار اذا كانت معدمة للاية واختاره ابن المنذر وفي الذخيرة لو زوج عبده امته فنفقتها عليه بوّاها بيتا ام لا واذا فرض القاضي نفقتها فاخذت نفقة اشهر ثم ظهر النكاح فاسدا رجع عليها بما اخذت وان انفق عليها بغير فرض لم يرجع عليها بشيء هكذا ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي وذكر في الحاوي في الفتاوى لو ان رجلا اتهم بامراة فظهر بها حبل فزوجت منه فان لم يقر بان الحبل منه فالنكاح فاسد عند ابي يوسف وعندهما صحيح تستحق النفقة وذكر في موضع اخر انها لا تستحق النفقة عندهما ايضا لانه ممنوع عن وطيها وان اقر انه منه يجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطيها **فروع** لو اختلفا في العسر واليسر فالقول قول الزوج والبينة لها وهو قول الشافعي

وابي ثور وفي البدايع القول للزوج في دعوى الاعسار مع يمينه هكذا ذكره القاضي والخصاف وذكر محمد في الزيادات ان القول قول المراة مع يمينها لان الاقدام على الدخول بها او العقد عليها دليل يساره بالنفقة ومنهم من نظر الى المطلق وفي الينابيع يفرض للزوجة في الشتاء ان كان موسرا درع يهودي او هروي وملحفة دينورية وخمار ابريسم وكساء اذربيجاني ولخادمها قميص زطي وازار كرباس وكساء رخيص وفي الصيف درع سابوري وخمار ابريسم وملحفة كتان وان كان الزوج من اعسار فلها في الشتاء درع يهودي وملحفة هروية وجبة خز او درع قز وخمار ابريسم ولحاف ولخادمها قميص يهودي وازار وجبة وكساء وخمار وان كان معسرا يفرض لها في الشتاء درع يهودي وخمار سابوري وملحفة زطية ولخادمها قميص كرباس وازار وكساء وذكر الفقيه ابو الليث في نوازله انه لا يجب للزوجة ملاءة ولا خفان وفي الذخيرة لا يفرض لخادمها خمار ويفرض لها المكعب والخف وقال محمد في الكتاب كسوة المراة في الشتاء على المعسر درع يهودي وملحفة زطية وخمار سابوري ارخص ما يكون مما يدفيها وفي الموسر درع يهودي او هروي وملحفة دينورية وخمار ابريسم وكساء اذربيجاني ولها في الصيف درع سابوري وملحفة كتان وخمار ابريسم ومحمد رحمه الله ذكر لها في الاصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء الا ان الدرع يكون جيبه من قبل الصدر والقميص ما يكون جيبه

من قبل الكفء ذكره الحلوائي فتوسع الخصاف في اجازته للنساء
قلت لم يذكر القميص فيما تقدم الا للخادم والملحفة الملاءة
التي تلبسها المراه للخروج قال الخصاف هي شبه الرداء غير
ان الرداء دون الملحفة في العرض وقيل الملحفة ما تلبس بالليل
للتغطيه ثم ان محمدا رحمه الله لم يوجب الازار واوجبه الخصاف
في كسوة الشتاء دون الصيف قال السرخسي انما لم يوجبه محمد
لانه للخروج وليس لها ذلك ولهذا لم يوجبوا لها المكعب والخف
وقيل اختلاف عرف وزمان وكان العرف في زمن محمد رحمه الله
تقعد المراه في بيتها بلا سراويل وفي زمن الخصاف في العراق
كانت المراه تجلس في بيتها مع السراويل لكن في الصيف لا يمكنها
ذلك لشدة الحر ويجب لها في الشتاء اللحاف وفراش النوم ويجب
على القاضي اعتبار الكفايه بالمعروف في كل وقت ومكان وفي ادب
القاضي للخصاف يفرض على الفقير قميص ومقنعه وملحفه باعتبار
الحال ويزاد في الشتاء سراويل وجبه على قدر عسرته ويسرته
قال الشهيد لم يذكر الخصاف السراويل في كسوة الصيف
وذكرها في كسوة الشتاء ومحمد لم يذكرها في المبسوط اصلا قلت
العرف ايجابها في الشتاء والصيف وذكر شريك بن عبد الله ان ابن
ابي ليلى قضى للمراه بدرعين وخمارين وملحفه واحده في السنه ولم
يذكر السراويل اصلا قلت هو عرف العرب واهل الريف
لطول ثيابهن لا يلبسن السراويل ونساء المدن قمصانهن قصار
جدا فلا بد لهن من السراويل صيفا وشتاء فالقاضي ينظر الى عرف كل

قوم وعادتهم وقال الشهيد اما في عرف ديارنا فيقضي بالسراويل
لها وبالجبه في الشتاء وفي الجواهر قال ابن القسم عليه من
الكسوة ما يصلح للشتاء والصيف من قميص وجبه وخمار ومقنعه
والسبنيه والوساده وشبه ذلك مما لا غنى عنه والغطاء والوطاء
وملحفه والسرير في الوقت الذي يحتاج اليه لخوف العقارب
والحيات وقال ابن حبيب او براغيث او فار ونص مالك
على انه لا يلزمه الحرير وان كان متسع الحال فاجراه ابن القسم
على ظاهره وذلك للتجمل ولا يلزم ذلك الزوج وحمل القاضي ابو الحسن
ذلك على عادة اهل المدينه وقال عبد الملك بن الماجشون
ان كانت شورتها التي شورت بها من صداقها عندها فليس
عليه سواها لا في لبس ولا في غطاء ولا في وطاء بل له الاستمتاع بها
معها لا كلام لها فيه وان كان العهد قد طال بها حتى خلقت الشورة
وذهبت او لم يشور بالصداق لقلته فعليه كسوتها للشتاء والصيف
مما لا غنى للنساء عنه وفي المغني يرجع في كسوتها الى اجتهاد الحاكم
فيفرض على قدر يسرتهما وعسرتهما فعلى الموسر اذا كان
تحته موسرة يجب من ارفع ثياب البلد كالكتان والخز والابريسم
وللمعسرة تحت المعسر من غليظ القطن والكتان وللمتوسطة
تحت الوسط من ذلك واقلها قميص وسراويل ومقنعه ومداس
وجبه في الشتاء ويزيد في العدد ما جرت العاده بلبسه دون
ما يكون للتجمل والزينه ويجب للنوم الفراش واللحاف والوساده
ومن عادته النوم في الاكسيه والبسط فعليه ذلك على العاده

وحلوسها نهارا والحصير الرفيع او الخشن بحسب اليسار
والاعسار وكذا المسكن وفي الحاوي اقل الكسوه ثلثه
اثواب في الصيف واربعه في الشتاء وهي قميص لجسدها وقناع
لراسها وسراويل او ميزر لوسطها والرابع جبه للشتاء ولا
يجب الملحفه لانها للخروج والزوج يمنعها وكذا الخف والمداس
في البيوت للعرف ويعتبر في جنس الثياب عاده بلدها فان
كان الغالب القطن في الصيف والخز في الشتا فرض لامراة
الموسر بقطن مرتفع ناعم كالمهري وجبه خز في الشتاء ولزوجه
المتوسط متوسط القطن كالمروي والبغدادي وجبه قطن محشوه
وللمقتر غليظ القطن كالبصري والكوفي وجبه منه او من الصوف
ان كان يلبسه نسا بلدها وان كانت ثياب بلدها الكتان والابريسم
فرض لزوجه الموسر ثوب من مرتفع الكتان كالدبيقي او مرتفع
الصقلي وفي الشتا جبه ابريسم كالديباج والحرير ويعتبر القميص
بقدرها وطولها وسمنها وكذا في السراويل وينظر في ذلك الى
الكفايه وفي النفقه لا يعتبر الكفايه وفي المغرب درع
المراه ما تلبسه فوق القميص وهو مذكر ودرع الحديد مونثه
ودرع سابري منسوب الى سابور موضع بفارس وملحفه دبرزوريه
تنسب الى موضع وفي المجمل والشوار متاع البيت ولو فرض لها
ما تحتاج اليه من الدقيق والدهن واللحم والادام فقالت لا اخبز
ولا اعجن ولا اطبخ ولا اعالج شيا من ذلك لا تجبر عليه ذكره
الخصاف في ادب القاضي وعليه ان ياتي بمن يكفيها عمل ذلك لان

الواجب عليه الطعام وهو ما يطعمه الانسان اي ياكله بخلاف
نفقه خادمها فانها لا تستحق اذا لم تعمل وقد تقدم وقال
الفقيه ابو الليث هذا اذا كان بها علة لا تقدر معها على الطبخ
والخبز او كانت ممن لا تباشر ذلك اما اذا كانت تقدر وهي ممن
تخدم نفسها لا يجب على الزوج ان ياتي بمن يفعل ذلك والمستحب
للزوج اذا كانت فقيره ان ياكل معها مما ياكله واذا كانت ممتنعه
مما ذكرنا قال السرخسي فللزوج ان يمتنع من الادام ويعطيها خبز
البر ويقول هو طعام بخلاف خبز الشعير فانه لا بد من الادام معه
وكذا اذا طلبت الفواكه لا يعطيها وفي المغني قال الشافعي يعتبر
في الادام الادهان لانها لا يحتاج الى الطبخ وكلفه ويعتبر بغالب عادة
اهل البلدان ففي الشام يعتبر الزيت وفي العراق الشيرج وفي
خراسان السمن وفي كل يوم جمعه رطل لحم فاذا كان رخيصا زاد
على الرطل قال وهذا مخالف لقول الله تعالى لينفق ذو سعه من
سعته ومن قدر عليه رزقه اي ضيق فلينفق مما اتاه الله
ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولهن عليكم رزقهن
وكسوتهن بالمعروف ومتى انفق الموسر نفقه المعسر لم ينفق بالمعروف
ولا رزقها بالمعروف وقد فرق الله سبحانه بين الموسر والمعسر في
الانفاق وفي ذلك جمع بين ما فرقه الله تعالى وتقدير الادام بما
ذكروه خلاف المعروف بين الناس وهو تحكم بلا دليل فلا يعول عليه
ومتى راوا الناس ياكلون الخبز بالشيرج وانما يقلى بالشيرج
الباذنجان والجبن والسمك والقطايف وزعموا انه عرف ولم يعرفوه

بنفسها صح

في الاصل وزعموا انه في الشرع مقدر ليت شعري من اين جاء ايجاب
الدرهم والرز في الكفارة حتى يترك العرف به وقالوا ان كانت مرويه
فالمعتبر ما ياكله اهل البادية دون التقدير فهلا وجدوا في الكفارة
فرقا بين الحضري والبدوي ويقولون انه شرع ويفرض لها الكسوه
في كل ستة اشهر والنفقة في كل شهر في اوله ويعطيها لتعذر الفرض
على الحاكم في كل يوم في اوله ووسطه واخره قال شمس الائمه
السرخسي تقدير مهر الفرض في كل شهر ليس بلازم والمختار ان يفرض
يوما بيوم وان كان من التجار وارباب الاجر يفرض عليه شهرا فشهرا
وان كان من الدهاقين يفرض عليه سنة فسنة والصناع الذين
لا يفرغ عملهم الا بانقضاء ايام الاسبوع يفرض عليهم كذلك
وعند الشافعي وابن حنبل يفرض في اول كل يوم عند طلوع الشمس
قال ابن المنذر في الاشراف قضى شريح للزوجة بخمسة عشر
صاعا بالحجاجي ودرهمين لدهنها وحاجتها وفرض الشعبي خمسة عشر
صاعا من الحنطة ودرهمين في كل شهر وفرض علي لامراه وخادمها
اثني عشر درهما اربعة للخادم وثمانية للمراة وذلك في مصنف ابي بكر
ابن ابي شيبة ولم يفرض احد منهم يوما بيوم ولو كانت تلبس يوما
وتترك يوما توفيرا يجدد لها الكسوه اذا فرغ الفصل وان لبست
دايما ولم تتخرق لم يجدد لها اذا فرغ الفصل يظهر الغلط في التقدير
قوله ومن اعسر بنفقة امراته لم يفرق بينهما
ويقال لها استديني عليه هذا قول اصحابنا وهو مذهب عطا
ابن يسار والزهري والحسن بن ابي الحسن البصري والثوري وابن

شبرمة وابن ابي ليلى وحماد بن ابي سليمان وداود واصحابه واختيار
ابن المنذر وقالت الائمة الثلثة يفرق بينهما قال ملك
ويكون الواقع طلقة رجعية وليس له رجعتها الا اذا ايسر
في العدة وعند ابن حنبل ان طلقها بنفسه طلقة او طلقتين
فله رجعتها في العدة فان راجعها ولم يقدر على نفقتها فلها رفعه
الى الحاكم وتفريق الحاكم فسخ وعند الشافعي يرفع الى الحاكم
في يوم اعساره في القديم وفي الجديد بعد ثلثة ايام وهو فسخ
عنده وان اعسر بنفقة خادمها او بادامها او بنفقة الموسر
لم يثبت لها خيار الفسخ وفي المغني فان رضيت بالمقام معه
مع عسرته او ترك انفاقه او تزوجت به عالمة باعساره ثم عن
لها طلب الفسخ فلها ذلك عند الشافعي وابن حنبل وعند ملك
ليس لها ذلك قال القاضي من الحنابلة وهو ظاهر قول
احمد قالوا النفقة يتجدد كل يوم فكان الرضى بسقوطها قبل
وجوبها فلا يعتبر وتناقض قولهم فيمن تزوجت عالمة باعساره
بالمهر راضية به لم تملك الفسخ ولم يقولوا رضيت بذلك قبل
وجوبه وللشافعي في الفسخ بالاعسار عن الصداق الواجب
ثلثة اقوال احدها لها الفسخ به قبل الدخول وبعده
فقياس هذا كان ينبغي لها ان يفسخ ولا يعتبر رضاها قبل وجوبه
كما قالوا في النفقة قالوا وهو الظاهر من كلام الشافعي وبهذا
بطل تعليل الشافعي بفوت البدن بعدم النفقة والقول
الثاني لا خيار لها قبل الدخول ولا بعده وهو اختيار المزني

والثالث يفسخ قبل الدخول لا بعده واختاره المروزي وابن ابي هريرة واكثرهم ذكر ذلك كله في الحاوي وفيه لو عجز عن عشر المد وقدر على تسعة اعشاره فسخ وكذا ان اعسر بكسوتها فسخ ولو امتنع من الانفاق عليها لم تفرق اذا كان موسرا ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها فان لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا ينفسخ نكاحه وان وجد نفقة يوم وعدم نفقة يوم لها فسخه والنساج اذا كان لا يفرغ من نسجه الا بعد اسبوع ونسجه يكفي لنفقة اسبوع فلا خيار لها وتستدين على نفسها او تاكل من مالها او من الصدقات والكفارات ثم النجار والحمال والبنا وغيرهم من الصناع اذا تعذر عليهم العمل من لم يكن لها فسخ نكاحها الا ان يكون التعذر غالبا ولو كان له دين على موسر لا يوفي يحبس حتى يوفي ولا تفسخ ولو مكث في الحبس اشهرا او تفوت حياة الزوجة ومن كان لا يقدر الا من الاعمال المحظورة كاجرة صناع الملاهي وما ياخذ من النجامة والكهانة فهو واجد للنفقة فاذا امهل ثلثة ايام يخرج للاكتساب في الثلث نهارا ولا يمنعها ثم ان ملكا يؤجل شهرا ونحوه وفي المهر يؤجل عامين وعن عمر بن عبد العزيز يؤجل في النفقة شهرين ومنهم من قال يؤجل سنة احتجوا بما روي عن سعيد بن المسيب ان عبد الرحمن ابن ابي الزناد سأله عن الرجل لا يجد ما ينفق على امراته قال يفرق بينهما قلت سنة قال سنة قال ابو محمد ابن حزم روينا عن ابن المسيب قولين احدهما يجبر على مفارقتها والاخر يفرق بينهما وتعلقوا ايضا بما ثبت عن عمر بن الخطاب انه كتب الى امرا الاجناد في رجال غابوا عن نسايهم فامرهم ان ينفقوا او يطلقوا فان طلقوا بعثوا ببقية نفقتهن الماضية وبما تقدم انه عليه السلام قال في حديث ابي هريرة امراتك تقول اطعمني والا فارقني رواه البخاري وغيره وبما رواه ابو هريرة انه عليه السلام قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امراته قال يفرق بينهما رواه الدارقطني وقاسوا على العنين والمولى قال الشافعي بل اولى لوجهين احدهما ان البدن يقوم بترك الجماع ولا يقوم بترك الغذا فلما ثبت الخيار بترك الجماع فبترك النفقة اولى والثاني ان منفعة الجماع مشتركة بينهما فاذا ثبت في المشترك فثبوته في المختص اولى واعتبروه بنفقة العبد فانه يؤمر ببيعه وبالمبيع اذا اعسر بثمنه ولنا قوله تعالى فان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وهو عام في انظار كل معسر بحق وقال تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامايكم ان يكونوا فقرا يغنهم الله من فضله فاذا كان الفقر غير مانع من ابتدا النكاح والفقير عندهم من لا شي له فالبقا اسهل وقوله تعالى لا يكلف الله نفسا الا ما اتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا دليل على ان من لم يقدر على النفقة لا يكلف الانفاق واذا لم يكن مكلفا بها لم تكن واجبة عليه في هذه الحالة فلا يجوز التفريق لعجزه عن نفقة لم تجب عليه ولا يجوز اجباره على الطلاق لاجل نفقة لم تجب عليه وقد اخبر انه

سيجعل بعد عسر يسرا ووعد حق لا يخلفه وفي الاشراف والمحلى
قال ابو بكر الصديق رضي الله عنه لو رايت ابنة خارجة سالتني
النفقة لقمت اليها فوجات عنقها وكذا ذكرا عنه في عايشه وعن
عمر في حفصه ومن المحال المتيقن ان يضرب طالب حق وفي المحلى
عن مالك قال ادركت من كان يقول اذا لم ينفق على امراته فرق
بينهما فقيل له قد كانت الصحابه يعسرون ويحتاجون ولم يفرق
بينهم وبين نسايهم قال مالك ليس الناس اليوم كذلك قال
علي بن حزم ومن اعجب العجب قول مالك للذي احتج عليه بالصحابه
ليس الناس اليوم كذلك انما تزوجته رجا فجمعت مقالته هذه
وجوها من مخالفة امر الصحابه وما مضوا عليه باقرار واعترافه
بان الناس اليوم ليسوا كذلك فكيف يجوز له ان يحتج بها يقر
بان الناس فيه على خلاف ما مضى عليه الصحابه ومن اين له ذلك ومن
اين عرف تبدل الناس فيها بل كل من تزوج من الصحابه فانما
تزوج والنفقة عليها بلا شك وما الناس اليوم وقبله الى عهد
الصحابه الا كذلك ثم قوله انما تزوجته رجا نعماله وكان ماذا
واي شي يحل امر ما مضى عليه الصحابه قال ثم احتج الشافعيون
عليه فقالوا اذا كلفتموها صبر شهر ولا سبيل لها الى صبر شهر
بلا اكل فماذا تصنع قال فيقال للشافعيين وما ارتكبتموه اعظم
فانكم اذا طلقتموها عليه فانه لا صبر لها مدة العدة بلا اكل
ولا تعيش مدة ثلثة اشهر او مدة انقضا ثلثة اقراء بلا نفقة
وقد يكون ممتد الطهر يقعد سنين بلا نفقة قلت [illegible] الفرق

للشافعية ان ذلك بسوالها ورضاها والجواب ا عن قول
سعيد بن المسيب انه سنه انما روى عنه ذلك عبد الرحمن بن
ابي الزناد قال ابن حزم هو لا شي فسقط الاحتجاج به والجواب
الثاني قال الحافظ ابو جعفر الطحاوي لا نقطع بانه سنه رسول الله
صلى الله عليه وسلم لانه ان زيد بن ثابت كان يقول المراه كالرجل
في الارش الى ثلث الديه فان زاد على الثلث فحالها على النصف
من حال الرجل قال ربيعه بن ابي عبد الرحمن قلت لسعيد بن
المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امراه قال عليه عشر من الابل
قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت
فان قطع ثلث اصابع قال عليه ثلثون من الابل قلت فان قطع
اربعا من اصابعها قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله
لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال اعراقي انت قلت
لا بل جاهل مسترشد او عاقل مستثبت فقال انه السنه قال
ابو جعفر لم يكن ذلك الا عن زيد بن ثابت فسمى قول زيد سنة
قال ابن حزم في المحلى قد خالف سعيد بن المسيب في ذلك عمر بن
الخطاب وعلي بن ابي طالب وغيرهما وقد قال سعيد بن جبير في المحرم
يقتل صيدا خطا فلا شي عليه فقيل له عمر قال السنه قال
ابو محمد بن حزم العجب من المالكيين جعلوا قول ابن المسيب انه السنه
حجه مع مخالفة الصحابه والقرآن فاذا وجب عليه ثلثون من الابل
بقطع ثلث اصابع منها فاذا قطع الرابعة لم يوجب ذلك شيا
ويسقط عشر من الابل ايضا التي وجبت بقطع الثالثة عليه فهذا

لا يوافقه لا كتاب ولا السنه ولا دليل العقل ولم يجعلوا قول ابن
جبير انه السنه حجه مع موافقه القران الثالث انه مرسل
والشافعى لا يجعل المرسل حجه فان موهوا بما يروى عن الشافعى
انه استحسنها وعللها بانه استقراها فوجدها مسانيد ولا يشك
من له فهم ان الشافعى لم يستقرى جميع مراسيل سعيد بن المسيب
ولا غيره ولا نقل عن سعيد انه قال ما ارسلت قط الا ما كان
مرفوعا صحيحا فاذا ثبت لنا ذلك فيجوز ان يكون فى مراسيله
ما لا يكون مرفوعا فلا يكون حجه عنده اذ ما من مرسل له الا
ويجوز ان لا يكون مسندا فينبغى ان يمنع على اصله من العمل بجميع
مراسيله الا ما علم منه انه مرفوع من ذلك كما لو روى الراوى
نسخه فى الحديث وشك فى حديث واحد وتيقن انه لم يروه ولم
يعلم ذلك بعينه من نسخته فقد منع من روايه الجميع اذ ما من
حديث الا ويجوز ان يكون هو الذى لم يروه واذا اختلط المجهول
بالمعلوم ولم يعلم المعلوم من المجهول صار الكل مجهولا فكذا ما نحن
فيه والقاعده فى العمل بالمرسل عنده احد امور اربعه ان
يروى من طريق اخر مرسلا او مرفوعا او يعمل به بعض الصحابه
ولو كان واحدا او جماعه من التابعين ذكر هذه القاعده عنه
البيهقى فى رسالته والنووى فى شرح المهذب فى كتاب الحج
ولا فرق بين مراسيل سعيد بن المسيب وغيره فى ذلك وقال
ابن حزم قد روينا عن ابن المسيب قولين مختلفين فايهما كان السنه
فالاخر خلاف السنه فبطل قوله السنه لاضطرابه ومخالفه بعضه

بعضا وذكر عنه فى الاستذكار لابن عبد البر كقولنا والجواب
عن اثر عمر انه لم يكتب الى امرا الاجناد الا فى حق الاغنيا دون
العاجزين عن النفقه ولهذا قال فاذا طلقوا بعثوا بما كان لهن
من النفقه الماضيه ونحن نتكلم فيمن اعسر بنفقه امراته ولا ذكر
لذلك فى كتاب عمر وقال ابن حزم قد صح عن عمر اسقاط طلبها
من المعسر ثم الفرق بين القادر والعاجز ان العاجز معذور غير
مكلف بما لا قدره له عليه والقادر المانع معاند وهم اول التاركين
لقول عمر فانهم لا يامرونه بالطلاق ولا يطلقون عليه ولا يطلقون
على العاجز قال ابو محمد واذا لم يكن للزوج مال فنفقتها فى
مال نفسها وان لم يكن لها مال فنفقتها فى سهم المساكين والفقرا
من الصدقات والكفارات بنص القران فاى وجه للطلاق لو
انصف المعاندون انفسهم انتهى كلام ابن حزم قلت كما
قالوا فى النساج اذا كان نسجه لا يفرغ الا بعد مده ايام الاسبوع
انها تاكل من مالها فى تلك المده او تستدين عليه او تاكل من
الصدقات والزكوات والكفارات ولو كان له دين على موسر لا
يوفى يحبس حتى يوفى ولا يفسخ نكاحه ولو بقى فى الحبس اشهرا واذا
امهل ثلثه ايام تخرج للاكتساب نهارا ولا يمنعها الزوج من الخروج
وفى المغنى لو رضيت بالمقام معه مع اعساره لم يلزمها التمكين
وعليه تخليه سبيلها لتكتسب وتنفق على نفسها والجواب
عن قول ابى هريره امراتك تقول اطعمنى والا طلقنى فقالوا يا ابا هريره
سمعت هذا من رسول الله قال لا هذا من كيس ابى هريره رواه كذلك

عنه البخاري في صحيحه ولان ذلك من قول المراه وليس فيه ان الرجل
يلزم به ووجه اخر ان هذا الحديث لم يذكر في المعسر والخلاف
في المعسر والموسر لا يلزم بالطلاق والجواب عن حديث
ابي هريره الذي انفرد به الدارقطني عن الجماعه ولم يذكر في الكتب
السته ولا غيرها من الدواوين المشهوره قال ابو بكر بن المنذر
النكاح ثبت باجماع فلا يفرق الا به او بسنه ثابته عن رسول الله
لا معارض لها وهذا دليل على ان الحديث غير ثابت وفي طريقه
عبد الباقي بن قانع وقد ضعفه ابن حزم وسئل البرقاني عنه
فقال في حديثه نكره وقال ايضا وهو عندنا ضعيف وقال
ابو بكر بن عبدان لا يدخل في الصحيح وقال الدارقطني كان
يخطئ ويصر على الخطا وكان قد حدث به اختلاط قبل موته بمده
وسمع منه قوم في اختلاطه قاله ابو الحسن بن الفرات وفوقه
عاصم بن بهدله ابي النجود تكلم فيه ابن عليه وقال ابو حاتم لم يكن
بذاك الحافظ وقال يحيى بن سعيد ليس به باس وقال الدارقطني
في حفظه شي روى له مسلم مقرونا بعبده بن ابي لبابه ذكره في الكمال
والجواب عن العنين قال ابو بكر بن المنذر لا يحتج بالعنين
لانه بالاجماع ولا اجماع في مسلتنا ولانا قد اتفقنا نحن وانتم على
انه لو وطيها مره في عمره لا تثبت لها خيار العنه اذا عن عنها
بعد ذلك فيلزمكم ان توافقونا على انه لو انفق عليها مره ثم
اعسر لا يفرق بينهما وهم يفرقون بينهما كلما عجز عن النفقه وجواب
اخر ان النفس لا تفوت بترك انفاق الزوج بل تستغني بانفاقها على نفسها

من مالها او بالدين او من الصدقات والزكوات والكفارات كما
ذكروا هم فيما تقدم والفرق بين العنه والعسره ان حقها في
العنه يفوت لا الى خلف ولا يمكن تحصيله من غيره وهنا يمكن
على ما ذكرنا وفرق اخر ان من لا يقدر على الوطي في سنه مع
اشتمالها على الفصول الاربعه فالظاهر منه دوام العجز بخلاف
العجز ثلثه ايام عن النفقه والجواب عن نفقه العبد ان
بيعه يصل الى بدله وهو ثمنه ويفوت هنا لا الى بدل وفرق
اخر وهو ان نفقه العبد الى ان يحصل لسيده تيسر لا تثبت في
ذمه السيد ونفقه الزوجه تثبت في ذمه الزوج وتستوفى
منه اذا ايسر وقاسوا على المبيع اذا اعسر عن ثمنه وهو ممنوع عندنا
مع ان البضع بعد الدخول مستهلك ولا فسخ في المبيع بعد استهلاكه
وقياسهم على المبيع باطل والبيع مخالف للنكاح من وجوه لان النكاح
يصح بدون ذكر المهر والبيع لا يصح وتجري الاقاله في البيع دون
النكاح ويجوز خيار الشرط في البيع دون النكاح ويرد المبيع بجميع
العيوب دون الزوجه والبيع يفسد بالشروط الفاسده دون
النكاح وصار كالعجز عن نفقه الموسر والادام ونفقه الخادم والنفقه
الماضيه ونفقه الغد والعجب ان الشافعيه قالوا اذا كان
المد لا يشبعها يخير الزوج بين ان يتم لها شبعها وبين ان يمكنها من
اكتساب القدر الذي يتم به شبعها ولا تفسخ فان عجز عن عشر المد
فسخ ولا يكلفها الاكتساب وان حصلت الكفايه بتسعه اعشار
المد وبعد هذا عن الفقه غير خاف ولو كان يجد الغدا في اول النهار

ولا يجد العشا في آخر فلها الخيار في فسخه في احد الوجهين ذكره
الماوردي قلت واجماع المسلمين على ترك العمل به ولان
المال غاد ورائح يذهب في ساعه ويعود في اخرى ودوام العجز
بعيد اذ لا دليل عليه لا سيما عن مد بر او شعير او ذره فالعجز
عنه نادر جدا فلا يشرع بفواته فسخ النكاح وبعجزه عن مد الغد
لا يفسخ بالاجماع لعدم وجوبه قبل مجيه ذكره في الحاوي وقاسوا
ايضا على المكاتب اذا عجز عن نجم بعد حلوله فان للمولى فسخ الكتابه
والفرق ان الكتابه ملحقه بالبيع ولهذا لا تفسد بالشروط
الفاسده في صلب العقد ولان صحه الكتابه على خلاف الاصل لان
المولى لا يستوجب على عبده دينا والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم
فاذا عجز رجع الى اصله بخلاف النكاح ولان بدل الكتابه بمقابله
العقد وما وجب الا به وما وجب بالعقد جاز ان يفسخ بالعجز
عنه كما قلتم في الثمن والنفقه لم تجب بالعقد على ما تقدم تقريره واذا
كانت الكتابه ملحقه بالمعاوضه الماليه كان المال مقصودا فيها فجاز
ان يثبت الفسخ بفواته ولهذا لو تعيب المبيع في يد المشتري يرجع
بالنقصان بخلاف النكاح فان المقصود منه الصحبه والتوالد دون
المال ولهذا لا يفسخ الزوج النكاح بالعيب ولا يرجع بنقصانه وقياسهم
على الجب باطل لانه لا يزول ابدا والعسره تزول ولان النفقه تستوفي
في ثاني الحال وما يفوتها بالجب لا يستوفي فافترقا ولان حق الزوج
بالفسخ يبطل اصلا وحقها بتركه يتأخر ولا يبطل فالعدل الى التاخير اولى
من العدل بالابطال لانه اقل ضررا وفائده الامر بالاستدانه هو الغرض

ان يمكنها احاله غريمها على الزوج بخلاف الاستدانه بغير امر القاضي
حيث لا تتوجه مطالبه الغريم على الزوج وفائده اخرى وهي انها
لا تسقط بموت احدهما في الصحيح بخلاف القضا وحده على ما ياتي
بعد وفي البدائع لها ان تحيل غريمها على الزوج اذا كانت بامر
القاضي اي بغير رضاه قوله واذا قضى القاضي لها
بنفقه الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقه الموسر وكذا لو
صالحته على ذلك اعتبارا بحاله فيهما وليس قضا القاضي بتقدير لازم
في المستقبل لعدم وجوبها قبل مجي وقتها واذا مضت مده لم ينفق
الزوج عليها فلا شي لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقه او
صالحت زوجها على مقدارها فيقضى لها بنفقه ما مضى عندنا
وهو روايه عن ابن حنبل وقال الشافعي ومالك لا تسقط
وتصير دينا في ذمته الا ان مالكا قال لو اقامت معه سنين
وهو ملي فادعت انه لم ينفق عليها والزوج يدعي الانفاق
فالقول قوله مع يمينه وكذا في غيبته ان قال كنت ابعث اليها
بنفقتها مع يمينه الا ان يكون الزوجه رفعت ذلك الى السلطان
واستعدت عليه في غيبته الا ان ياتي بالمخرج ولم يجعلها كسائر
الديون ذكره في المدونه ولو اكلت معه سقطت نفقتها ولا
يكلفها ذلك ذكره في الجواهر وكذا عند الشافعي في الاصح ذكره
في المنهاج وقد تقدم وفي المغني ونفقه الخادم والادام والمسكن
تصير دينا وقال القاضي من الحنابله لا تصير دينا لانها من الزوائد
كالزائد على الواجب قلنا قد نصت الائمه الثلثه ان النفقه

في مقابلة التمكين والتمكين واجب عليها فلا يجوز اخذ الاجرة عن الواجب
كدفع الظلم فكان فيها معنى الصله والصلات تسقط بمضي الزمان
كنفقة الاقارب والاباء والاولاد ولا يجوز ان يكون عوضا عن
الاستمتاع لانه مستمتع بملكه كمن يسكن دار نفسه لا يجب
عليه اجرة والدليـل على ان فيها معنى الصلة من وجه انها
محتبسة لصيانة كل واحد منهما عن الزنا وهو حق الشرع
ولحصول الولد الذي يتوجه اليه التكليف باقامة الطاعات من
الصلاه والصيام والزكاه والحج وغيرها وذلك كله حق الشرع
فبالنظر الى ذلك لا يصير دينا في ذمته فكان وجوبها بطريق الصله
على هذا الوجه ويؤيد هذا ان احدا من السلف والخلف لم يوص
عند موته بنفقه زوجته بما اذا مضت مدة يسيرة او مديدة
ولم ينفق عليها باخراج نفقتها من تركته كسائر الديون التي عليه
ولا طالب الزوج ورثتها بها بعد موتها وقد نبـه على هذا الشيخ
عز الدين بن عبد السلام في قواعده وذكرناه قبل هذا مستوفى
وفي هذا كفايه وقد تغالوا في هذا واوجبوا على الزوج نفقة سنين
سنه او اكثر اذا انكرت انفاقه عليها وجعلوها كسائر الديون
وبعد هذا لا يخفى وجماعه من اصحاب الشافعي لا يرضون بهذا الحكم
ويحلمون في التقدير في كل وقت وزمان اشد اختلاف وفي
الحواشي ولان النفقه لم يجب بدلا عنه جملة كالمبدل ولانها
مجهوله الجمله فلا يجوز ايجابها بدلا عنه كما لو تزوجها على نفقة مقدره
في كل يوم ما دام النكاح بينهما ولا عن التمكين او الاستمتاع لما بينا

فعرف ان طريقها طريق الصله ولان النفقه لها شبه الصله والعوض
لان المنفعه مشتركه منهما فبالنسبة الى منفعة الزوج يكون عوضا
وبالنسبة الى منفعتها يكون صله فعملنا بالشبهين ورجحنا جهه
العوض بالقضا الموكد للوجوب او بالتراضي لان الزوج ولايته على نفسه
فوق ولاية القاضي بدليل انه يملك الزياده على الواجب عليه
والتبرع والقاضي لا يملك ذلك فصارت كالهبة والبيع
الفاسد فان ذلك لا يفيد الملك الا بالقبض القوي بخلاف
المهر فانه عوض محض فلا يفتقر الى موكد وفي الذخيره
نفقه ما دون الشهر لا يسقط واذا مات الزوج بعدما
قضي عليه بالنفقه ومضت شهور سقطت النفقه وكذا اذا
ماتت الزوجه لما فيه من معنى الصله كالهبة تبطل بالموت
قبل القبض وكالديه المقضي بها على العاقله وكالجزيه ذكرها
الناصحي في ادب القاضي وقد ذكرنا خلاف الشافعي وغيره قبل
هذا فلا نعيده وفي المنهاج لا يسقط بمضي الزمان على
المذهب وان اسلفها نفقه سنة ثم مات قبل مضي السنة
لم يسترجع منها شي عند ابي حنيفه وابي يوسف وقال
محمد والشافعي وابن حنبل يحتسب لها نفقه ما مضى وما بقي يسترده
ورثه الزوج وقيل هذا الوفاق هو والكسوه كالنفقه وفي
البـدايع سوا كانت النفقه قايمه او هالكه او مستهلكه
عندهما وقال محمد يرد الباقي في القايم والمستهلك دون الهالك
لا يرد بالاتفاق وفي الينابيع المستهلك كالقايم وفي الكتاب

الزم محمد ابا الهلاك من غير استهلاك ومثله في ادب القاضي والذخيره
وفيه الموت والطلاق سوا قبل الدخول وفي نفقة المطلقة اذا مات
الزوج فالجواب كذلك وفي شرح الاقضيه اختلفوا فمنهم من
قال لا تسترد وفرقوا بالمهر بان العدة قايمة في موته وفي اكثر الكتب
لم يذكر قول ابي حنيفه وانما حكوا الخلاف بين محمد وابي يوسف
على قوله الاخر وهو استحسان وفي الاستهلاك تضمن عند محمد
وابي يوسف على قوله الاول وروى ابن رستم عن محمد انها لا ترد
في نفقة الشهر فما دونه وفي الاكثر ترد فلاجل هذا وضعها في
السنه حتى يكون فيه خلاف عن محمد وفيما دونه لو دفع
اليها نفقة سنه او كسوة سنة ثم مات احدهما بعد يوم او شهر
او شهرين يرد بقية النفقة واستحسن ملك في الكسوه ان لا يرد
والفرق تحكم وهو احد الوجهين عند الحنابله ولا يرد نفقة اليوم
لو مات في اوله ذكره في المغني وكذا لو بانت بموت او طلاق او
اسلام او فسخ او رده اعتبروه بالاجر ولنا ان فيها معنى
الصله فاشبه صدقة الفطر ولهذا تسقط بموت احدهما عندنا
وهو وجه على محمد وكذا لو طلقها قبل مضي المدة عندهما وعند محمد
ترد ما فضل من نفقة العدة وفي الذخيره نفقة العدة تسقط
بمضي مدتها كنفقة النكاح فان فرض لها بالنفقة فلم تقبضها حتى
انقضت عدتها لم يذكره وهل يقاس على الموت حتى يسقط قال
الحلواني فيه كلام والقول قولها في انقضا العدة مع يمينها اذا
كانت من ذوات الحيض وان ادعت حبلا ينفق عليها الى سنتين فان

قالت بعد السنتين كنت اعتقد الحبل فالان ظهر انه كان ريحا وانا
حايل لم احض فقال المطلق قد ادعيت الحبل وظهر كذبك فليس لك
عندي نفقه فالقاضي لا يلتفت الى قوله ويامره بالانفاق عليها
حتى تحيض ثلث حيض او تدخل في سن الاياس فتعتد بثلثة
اشهر وان كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها ثلثة اشهر
وقال ابو علي النسفي ان كانت مراهقة فان الشيخ الامام
ابا بكر محمد بن الفضل كان يقول لا تنقضي عدتها بذلك بل يوقف
حالها لاحتمال الحبل فينبغي ان تدر عليها النفقة حتى يظهر فراغ
رحمها وقوله واذا تزوج العبد حرة باذن مولاه فنفقتها دين
عليه يباع فيها وللمولى ان يفدي الى اول الفصل وقد ذكرنا ذلك
وما فيه من الخلاف قبل هذا فلا نعيده فروع ذكرها
في الذخيره والينابيع وغيرهما ولو فرض كسوتها وكانت
تلبس يوما دون يوم يفرض لها كسوة اخرى وكذا النفقة وان لبست
لبسا معتادا ولم يتخرق لم يجدد لها ولو ضاعت الكسوة والنفقة
او سرقت لم يجدد غيرهما حتى تمضي الفصل بخلاف المحارم والفرق
ان نفقة المحارم مقدرة بالحاجه بخلاف الزوجه ولهذا لا يفرض
للمحارم مع غنايه بخلاف الزوجه واستدل على ذلك بقصه
هند بنت عتبه فانها كانت صاحبة اموال وفي المغني على
الزوج دفع كسوتها اليها في كل عام مره فان بليت الكسوة في الوقت
الذي يبلى مثلها فيه لزمته اخرى ولو باعت كسوتها بعد قبضها
او تصدقت بها وكان ذلك يضر بها ويخل بتجملها لم تملك ذلك فلها

تصرفها في ملكها جايز بكل حال وفي الحاوي لو باعت كسوتها
قبضها صح البيع وملكت الثمن وقال ابن الحداد المصري لا
يجوز بيعها ولا الاستبدال بها وهو فاسد لان الكسوه لا تخلو
اما ان تكون في ملكها او في ملك الزوج لا جايز ان تكون في ملك
الزوج فانه لا يجوز له استرجاعها فثبت انها ملك الزوجه
فجاز لها التصرف فيما ملكت وفي ادب القاضي للخصاف
لو قالت تضيق علي النفقه امره القاضي بالانفاق ولا يقدر الانفاق
عليها الا ان يظهر له ظلمه فيفرض عليه في كل شهر ويامره ان يعطيها
لتنفق على نفسها فاذا لم يعطها وقدمته مرارا ولم ينجع فيه وعظه
حبسه فان كان صاحب مايده وطلبت الفرض لا يفعل لان من ينفق
على من لا يجب عليه نفقته لا يمتنع عن النفقه الواجبه عليه
ظاهرا فان تحققت الحاجه الى الفرض فرض كما تقدم وفي خزانه
الاكمل قول القاضي استدين عليه كل شهر كذا فرض عليه ولو قال
ذلك زوجها لا يصير فرضا الا ان يقول علي وفي الذخيره
لو امرها القاضي بالاستدانه عليه لا تسقط بالموت ولا بالطلاق
كاستدانه الزوج هو الصحيح وكذا بالنشوز على اصح الروايتين
والنفقه تصير دينا على قول ابي حنيفه الاول كقول الشافعي ولو
طلقها تسقط ما اجتمع عليه من النفقات بعد فرض القاضي هكذا
حكي عن القاضي ابي علي النسفي قال وجدنا الروايه في كتاب الطلاق
وبه افتى الصدر الشهيد وظهير الدين المرغيناني لزوال الوصله التي
بها كانت تستحق النفقه وفي ادب القاضي للخصاف لو فرض

القاضي النفقه عليه وامرها بالاستدانه عليه صارت دينا
عليه قال الحاكم في المختصر يحتمل ان يكون امره بالاستدانه
بعد القضا بالنفقه لان يرجع بها بعد موت الزوج في ماله لو كانت
قد استدانت قبل موته عليه بخلاف القضا من غير امر بالاستدانه
وكذا لو فرض الزوج على نفسه النفقه بالتراضي ثم غاب عنها فانفقت
على نفسها من مالها او بدين او غيره فانها ترجع عليه بنفقه ما مضى
ما دام حيا والاحتمال الذي ذكره الحاكم قد نص عليه في الذخيره
وقال يرجع بها بعد موته في الصحيح كما ذكرنا قبل هذا وفي الخزانه
قدرها بالدراهم على المعسر اربعه دراهم او خمسه دراهم ولخادمها
ثلثه دراهم او اقل او اكثر قلت وفي روايه الحسن عن
ابي حنيفه لا يجب نفقه الخادم على المعسر وهو الاصح والمذكور
عن محمد وعلى الموسر ثمانيه دراهم او تسعه دراهم في الشهر ولخادمها
ثلثه دراهم او اربعه دراهم وان كان الرجل من اهل الغنى المشهور به
فلامراته خمسه عشر درهما في كل شهر ولخادمها خمسه وهذا كان في
الزمن الاول وهو متروك اليوم باجماع ارباب المذاهب والعرف
على خلافه وفي الذخيره اذا فرض نفقه شهر ولم يدفعها اليها
فارادت ان تطلبها في كل يوم انما تطلبها عند المسا لان حصه كل
يوم معلومه وما دونه ساعات لا تعلم وان فرض لها النفقه
في كل يوم فقياسه ان يدفعها اليها في اول كل يوم كالشهر وبه قالت
الايمه الثلثه وقول محمد يفرض النفقه شهرا فشهرا قال السرخسي
ذلك غير لازم وقد تقدم وقال الشهيد في النفقات لو صالحته

وفي النفقات ذكرها وانثا على حده ولم يكتف بفراش واحد لها
لانه قد يعتريها في الحيض والمرض وقد جا فراش لك وفراش
لاهلك وفراش لضيفك والرابع للشيطان

على شي معلوم ثم رافعته الى القاضي وقالت ما يكفيني ذلك يزادها
ولو فرض لها القاضي نفقه والسعر رخيص ثم غلا يزيد في الفرض لان
ذلك تقدير لنفقه لم يجب بعد وفي الذخيره والجواشي
ويقال بعد فرض القاضي استديني عليه وفي ساير الديون لم
يومر بالاستدانه على المدين والفرق من وجهين احدهما
انها لو لم تومر بالاستدانه على الزوج ربما مات او ماتت هي
فتسقط نفقتها فامرت بالاستدانه حتى لا تسقط بموت احدهما
بخلاف ساير الديون فانها لا تسقط بموت احدهما والوجه
الثاني ان النفقه لكفايه الحال لا يمكن فيها الانتظار وساير
الديون ينتظر به الى الميسره بالنص وذكر محمد الاستدانه على
الزوج ولم يذكر تفسيرها وفي ادب القاضي للخصاف ان تفسيرها
الشرى بالنسيه لتقضي الثمن من مال الزوج ثم قال بعض مشايخنا
فايده الاستدانه بعد الفرض بامر القاضي ان يرجع رب الدين
على الزوج بدينه وبدون الامر بالاستدانه ليس له ان يرجع على
الزوج ولكن عليها ثم هي ترجع على الزوج وهو دين سوا اكلت من
مالها او استدانت او اكلت من الصدقات لان في الاول ثبت الدين
في ذمة الزوج بامر من له ولايه الالزام كاستدانه الزوج واذا
كانت بغير امره كان الدين في ذمته من جهة المراه وما لها هذه
الولايه وذكر في التجريد للقدوري ان فايده الامر بالاستدانه
ان تحيل الزوجة غريمها على زوجها وان لم يرض بذلك وبدون الامر
يشترط رضاه بالحواله وذكر الحاكم الشهيد في المختصر ان فايدته

بعد فرض القاضي الرجوع بها في تركة الزوج بعد موته وبدون
الامر لا يرجع على ما مر وذكرت المسله هنا اكمل مما تقدم وهو
فايده اعادتها **فصل** قوله وعلى الزوج
ان يسكنها في دار مفرده ليس له فيها احد من اهله الا ان تختار
ذلك وفي نفقات الشهيد لا يسكنها في بيت واحد مع امه
او اخته او ذات رحم محرم منه اذا كرهت ذلك فان كان في
دار بيوت فافرد لها بيتا على حده يغلق عليه باب ويفتح
فليس لها غيره وفي جوامع الفقه لها ان تطلب مسكنا على حده
عن الحم والحمة دون جاريته وفي المحيط قالت لا اسكن
مع امتك واريد بيتا على حده ليس لها ذلك في قول ابي حنيفه
وابي يوسف وقول محمد اخرا وفي مال الفتاوى ليس للزوج ان
يسكن امراته وامته في بيت واحد فان اسكن امراته في بيت
من داره وامته في بيت اخر فليس لها غير ذلك ووجوب مسكن
الزوجه على الزوج يجمع عليه بملك او اجاره او اعاره قال
الله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم الايه فاذا وجب السكنى
للمطلقه فالزوجة اولى بالوجوب وانما تلزم بافراد المسكن لها
لوجوه ثلثه احدها ان سكناها مع اهله تخل بمعاشرتها
معه والاستمتاع به والوجه الثاني يقع به بينها وبينهم
مناكره ومشاجره وخصام غالبا والوجه الثالث لا
تامن معهم على متاعها ويشكل على الاوجه الثلثه سكناها مع
امته على المشهور فانه يكره له مجامعتها بحضره امته والخوف

على قماشها موجود وكذا المناكحة واجيب بان الامة بمنزلة
متاعه في بيته وهو جواب ضعيف لانها لو كانت بمنزلة المتاع
ينبغي ان يباح جماعها بحضرتها والجواب الصحيح انه يحتاج
الى استخدامها في كل ساعة فكان فيها ضرورة وفي الخزانة
معها عشر من الخدم يحل له وطيهن وتصح الخلوة معهن وكذا
مع ضرتها ومع حرمه وطيها لا يصح الخلوة وان كان له دار من
غيرها فليس له ان يسكنه معها الا برضاها لما بينا قبل
اذا كان صغيرا جدا لا يفهم الجماع لا ينبغي ان يمنع وله ان يمنع والدها
وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها لان المنزل ملكه رقبة
او منفعة فله حق المنع من ذلك وليس له منعهم من النظر اليها وكلامها
في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وقاطعه ملعون والمراض
مستثناه من حقوق الزوجية وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام
وانما يمنعهم من القرار والكينونة في منزله لان التطويل والفتنة في
ذلك وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من
الدخول عليها في كل جمعة مرة وعليه الفتوى وفي غيرهما من المحارم
التقدير بسنة هو الصحيح وفي نفقات الشهيد ان قال
لا ادع والديك ولا احدا يدخل منزلي فله ذلك ذكره الخصاف
هنا وفي ادب القاضي وكذا له ان يمنعها من الخروج الى بيت ابويها
ولا يمنعهما من النظر اليها وتعاهدها والكلام معها فيقوما
على باب الدار والمراة داخله وكذا كل ذي رحم محرم ويمنع غير ذي الرحم
المحرم من النظر اليها ولو كان لها ولد من غيره لا يمنعه من النظر اليها

وعن ابي يوسف انه لا يمنع الابوين من الدخول للزيارة في الشهر
مرتين وانما يمنعهم من الكينونة وفي فتاوى ابي الليث عن ابي بكر الاسكاف
لا يمنع الابوين من الدخول في كل جمعة مرة لانها هي الزيارة المعتادة
بين الناس وعليه الفتوى وفي فتاوى ابي الليث عن ابي بكر الاسكاف
ان للزوج ان يغلق الباب عليها من الزوار غير الابوين وذكر الخصاف
هنا وفي ادب القاضي انه يمنعهم من الدخول عليها ولا يمنعهم من
الزيارة وقال محمد بن مقاتل الرازي لا يمنع المحرم من الزيارة في
كل شهر وقال مشايخ بلخ في كل سنة وعليه الفتوى وعلى هذا
الخلاف خروجها لزيارة عمتها وخالتها وعليه ان يسكنها عند جيران
صالحين فان شكت ضربه لها وعلم القاضي زجره ومنعه من تعديه وان
لم يعلم ولها جيران من اهل الصلاح سالهم فان اخبروا بذلك زجره
ومنعه ولا ينقلها الى غيره لانه مثله او دونه وان قالوا لا نضربها
اقرها في منزلها من غير زجر لانها متعنتة في سؤال النقلة وان لم يكن
في جيرانه من يوثق به او كان يميلهم معه نقلها واسكنها بين قوم صالحين
والناس اليوم يقولون بين حرتين تعتين وفي جوامع الفقه
يمنعها من المحارم الا الابوين كل شهر او شهرين ولا يمنعها عن عيادتهما
وتعاهدهما اذا مرضا وفي رواية الحسن لا يمنعها عن زيارة الاقارب
في كل شهر او ثلثه ولا يمنع محارمها من دخولهم عليها في كل جمعة
ويمنعهم من الكينونة قوله واذا غاب الرجل وله
مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال
نفقة زوجة الغايب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم

القاضي ذلك ولم يعترف به وفي الذخيره او كان له مال في بيته
والقاضي يعلم بالنكاح منهما فرض لها القاضي النفقه في ذلك
المال لانه ايفا واعانه لها من القاضي وليس بقضا عليه بالبينه
والنفقه واجبه عليه قبل القضاء الا ترى ان من اقر بمال او
دين ثم غاب وله مال من جنس المال المقر به سلم اليه اكثر القاضي
يحلفها بالله انها ما قبضت نفقتها ولم تحتل بها ولا ابراته منها
فاذا حلفت واخذت نفقتها اخذ منها كفيلا وهو حسن
ذكره السرخسي وان لم ياخذه جاز وقال الصدر الشهيد
الصحيح التكفيل نظرا للغايب لجواز ان يقيم بينه اذا احضر انه
كان عجل لها النفقه او ارسلها اليها او كانت ناشزه او طلقها
وانقضت عدتها فان اقام الزوج بينه بالدفع قبل سفره او انه
ارسلها اليها او كانت ناشزه او كان طلقها وانقضت عدتها فان
اقام الزوج بينه بالدفع قبل سفره او انه ارسلها اليها او كانت
ناشزه او كان طلقها وانقضت عدتها فالزوج بالخيار منها ومن
كفيلها كما في ساير الديون وان لم يكن له بينه وحلفت فلا شي
عليها ولا على الكفيل قال وان نكلا عن اليمين لزمهما ذلك
ذكر نكولهما ونكول الكفيل غير لازم فان المراه اذا نكلت ثبت
للزوج الخيار لانه بمنزله الاقرار سوا نكل الكفيل او حلف
اذ الاصيل اذا اقر بالمال لزم الكفيل وان جحدت الكفيل وان
لم يكن النكاح معلوما عند القاضي لا يقبل منها على النكاح عند
علمائنا الثلثه لانه قضا على الغايب وعند زفر يسمع البينه

في حق النفقه ولا يقضي بالنكاح وان لم يكن للزوج مال امرها بالاستدانه
عليه فان حضر واقر بالنكاح امر بقضا الدين وان انكر كلفها البينه
فان لم تعد امرها برد ما اخذت هذا قول ابي حنيفه الاول وهو
قول ابي يوسف ذكره الخصاف في النفقات فيحتمل ان يكون
قوله الاول كما نص عليه في الكافي وعند محمد لا يقضي قولا واحدا
وما يفعله القضاه اليوم قول زفر فكان مجتهدا فيه بين علمائنا
فينفذ وهو ارفق بالناس ثم على قول زفر لا يحتاج المراه ان يقيم
انه لم يترك لها نفقه والدليل عليه ان الخصاف لم يعل على
قول ابي يوسف فاقامت البينه ان الزوج لم يترك لها نفقه فان
احضرت غريما للزوج او مودعا ولم يعلم القاضي بالزوجيه والمال
واقر المودع او المديون عليها لا يبرا ولكن يرجع عليها بما
انفق فان جحدهما او احدهما لا يقضى لها بشي فان اقامت البينه
على الزوجيه والوديعه او الدين لا يقبل لعدم الخصم عن الغايب
اما على المال فلانها تثبت الملك للغايب وهي ليست بخصم
في اثبات ملك الغايب واما على الزوجيه فلعدم القبول
قول محمد وهو قول ابي حنيفه الاخر وقول ابي يوسف الاخر واما
على قولهما الاول فيقبل بينتها ويقضى بالنكاح على قول ابي حنيفه
الاول وعلى قول ابي يوسف لا يقضى كما تقدم من قول زفر وذكر
القدوري قول ابي حنيفه الاول والاخر ولم يتعرض لقول ابي يوسف
ثم اذا امر القاضي المودع بالدفع فدفع ثم حضر الغايب وانكر النكاح
او اقام البينه بتعجيل النفقه لها فان القاضي يضمنها ما اخذت من

النفقه ولا ضمان على المودَع الدافع فان اجتمعت الوديعه والدين
فالقاضي يامر بالانفاق من الوديعه دون الدين لانه انظر للغايب
اذ الدين محفوظ وعن ابي حنيفه في القضا على الغايب روايتان ذكر
قوله الاول هو الجواز في السير الكبير فكان فصلا مجتهدا فيه
فكان للقضا به مجال وان كان مرجوعا عنه لان المجتهد لا يقول
الا عن دليل فاذا قضى بقول مرجوح او مرجوع عنه نفذ لاعتماده
الدليل على ما ياتي في كتاب القضا ان شا الله تعالى ومثله في الكسوه
وفي جوامع الفقه لا يجوز للقاضي ان يفرض والزوج غايب
ولا يامرها بالاستدانه وفي شرح المدونه لابن يونس لا
يفرض على الغايب نفقه زوجته وفي الجواهر قال عبد الملك
يفرض لها في مال الغايب وان كان له ودايع وديون فرض لها في
ذلك وفي الحاوي عن شمس الايمه يفرض لها ان علم نكاحها
لانه مجتهد فيه اذ فيه خلاف زفر ولم يعتد بقول الايمه الثلثه
لان ذلك لا يكون عملا بقول اصحابنا بل يكون خروجا عن اقوالهم
فلا يجوز وان لم يعلم واخبروه بنكاحها فعن ابي يوسف انه
يسمع البينه للفرض ولا يقضي بالنكاح ويقول لها ان كنت
صادقه فقد فرضت لك بكذا من النفقه فان كانت صادقه صح
الفرض والا فلا والقضاه اليوم يعملون بهذا لحاجه الناس اليه
ولا يضمن المودَع بالدفع اذا ظهر انها كانت لا تستحقها الا ان
يشهدوا ان الدافع كان يعلم بالطلاق وانقضا العده وان قال
الدافع كنت اعلم بالزوجيه ولا اعلم طلاقها لا يضمن ويحلف على

انه لم يكن يعلم طلاقها وفي الذخيره هذا اذا كان المال الذي
في بيته او الوديعه دراهم او دنانير او طعاما او ثيابا من جنس
كسوتها وان كان من خلاف جنس نفقتها وكسوتها فليس لها ان
تبيع شيا منها في نفقتها ولا للقاضي اما على قوله فظاهر لانه
لا يرى الحجر على الحر واما على قولهما فانما يبيع القاضي على الممتنع
ولا يبيع على الغايب لانه لا يعرف امتناعه وينفق القاضي عليها
من اجره داره وعبده ودابته وفي جوامع الفقه يصح
الكفاله بالنفقه ولا يجبر عند محمد وعند ابي يوسف يجبر
استحسانا وفي الخزانه قال يصح ولم يذكر خلافا فان اطلق
الضمان فهو على شهر واحد عند محمد وعند ابي يوسف على الابد اي
ما دام النكاح بينهما فان ضمن كل شهر فهو على شهر واحد وكذا عنده
كل شهر فان رجع بعد مضي الشهر لم يلزمه في الشهر الثاني شي وقال
ابو يوسف يلزمه ابدا ولا يصح رجوعه بخلاف الاجاره حيث
يجوز لها فسخها في اول الشهر الثاني كالاجاره المضافه ولو طلقها
يلزم الكفيل بنفقه العده لانها نفقه النكاح ولو كفل لها بنفقه
العده لانها نفقه النكاح ولو كفل لها بنفقه كل شهر فابراته صحت
عن نفقه شهر واحد وان كفل بنفقه سنه لزمه في ذلك وكذا
لو قال ابدا او ما عشت وقد ذكرنا اكثر هذه المسايل
فيما تقدم ولو كانت نفقه الشهر الاول في يدها ودخل الشهر
الثاني فلها ان تطلبه بنفقه الثاني بخلاف المحارم وقد عرف قال
في الكتاب فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثه حضور

بالبينه ولم يقولوا لا نعلم له وارثا اخر لا يوجد منهم كفيل عند ابي حنيفه على ما ياتي ان شا الله تعالى لان هناك المكفول له مجهول او معدوم وهنا معلوم وهو الزوج قال ولا يقضى بنفقه في مال الغايب الا لهولآء وكذا الجميع قرابه الولاد وجه الفرق ان نفقه هولآء واجبه قبل القضا ولهذا كان لهم ان ياخذوها اذا ظفروا بها فكان قضا القاضي اعانه لهم لا ايجابا واما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما يجب بالقضا لانه مجتهد فيه والقضا على الغايب لا يجوز وفي ادب القاضي للخصاف قضا القاضي وامره بالنفقه على الزوجات والآبا والابنا اعانه على استيفا حقوقهم لا ايجاب مبتدا لان سبب الوجوب سبق القضا والامر وهو النكاح والولاد بخلاف نفقه الاقارب فان امر القاضي بالانفاق وقضاه ابتدا ايجاب لانه مختلف فيه فلا يمس الا بالقضا والقضا على الغايب لا يجوز قلت هذا الكلام فيه نظر وليس ابتدا ايجاب لنفقه لم يجب بالشرع لان القاضي ليس له ايجاب ما لا يكون قد اوجبه الشرع لانه يكون قد شرع وليس ذلك لغير رسول الله صلى الله وسلم وانما وجبت نفقتهم بالاحاديث على ما يذكر وانما يجب نفقتهم بالقضا على معنى ترجيح الموجب على النافي بالقضا مع وجود سبب الوجوب قبله وهو صله الرحم ونظيره القضا بالرجوع في الهبه من الاجنبي هو شرط لزوم الرجوع فيها وليس معناه انه منشئ حكما لم يكن وجد سببه بل السبب موجود قبله وفي الرجوع خلاف يرجح صحة رجوعه على مذهبه وبعينه على حقه وكذا الرد بالعيب بقضا قاضي الواهب

والبايع يردان بالعيب على بايعهما ولو كان ذلك ابتدا ايجاب من القاضي لم يكن لهما ذلك وفي الحواشي قوله انما يجب نفقتهم بالقضا يعني ان وجوب الادآ يفتقر الى القضا عند المنازعه فالحاصل المختلف فيه يقوي جهه وجوب الادآ بالقضا والقضا لا يتوجه على الغايب وما كان متفقا عليه فهو ثابت قبل القضا ولصاحب الحق ان يمديه وياخذه من غير قضا اذا كان من جنس حقه والقضا انما هو اعانه له لا اثبات حق لم يكن ويرد على تعليل الاصحاب بالاختلاف والاتفاق في ايجاب نفقه الولاد انها متفق عليها وليس كذلك فان عند مالك لا يجبر الا على نفقه الاب دون الجد والابن دون ابنه ثم قال وفي هذه المسله اقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها وقد ذكرناها لكن لم نذكر اقاويل كما انه لم يذكرها لان الاقاويل جمع الاقوال واقلها تسعة اقوال وليس في المسله ذلك كله وقال الاصحاب ايضا ان نفقه المبتوته في العده لا يجب ابتدا بل هي نفقه النكاح بقي على ما كان حال قيام النكاح والقاضي يقضي بها لانها نفقة النكاح فالمسله مختلف فيها وقد تقدم ان المختلف فيه يكون القضا ابتدا ايجاب فكيف يقولون بقي على ما كان فبطل تعليلهم بالاختلاف ايضا ولا يجوز ان يكون النفقة الواجبه في العده هي نفقه النكاح لوجوه احدها انها تسقط بمضي المده من غير فرض فكيف يكون هي نفقه النكاح وقد سقطت والثاني ان الانتفاع بها يفوت بالملك فلا

يبقى ما كان بعد زوال سببه والثالث لو ارتدت فى العده
ولم تخرج من منزله تجب ولا تجب نفقه النكاح والرابع لو
قبلت ابن زوجها فى العده لا تسقط نفقتها وتسقط نفقه
النكاح وفى التحفه كان ابو حنيفه رضى الله عنه يقول اولا
يقضى لها على زوجها الغايب بالنفقه واحد بقول ابرهيم النخعى
ثم رجع الى قول شريح انه لا يقضى على الغايب وهو الصحيح وفى
قول ابى يوسف الاول يقضى فى حق النفقه ولا يقضى بالنكاح
ثم رجع الى انه لا يقضى كقول محمد وابى حنيفه فى قوله الثانى
وقد ذكرنا المسله قبل هذا **فصل** قوله
واذا طلق الرجل امراته فلها النفقه والسكنى فى عدتها رجعيا
كان الطلاق او باينا اما فى الرجعى فاجماع وكذا فى الباين اذا كانت
حاملا الا عند الظاهريه فانها لا سكنى لها ولا نفقه كانت
حاملا او حايلا وقال عثمان البتى لها النفقه والسكنى ان
كانت حايلا وهو موسر وان كان معسرا فلا شى لها وان لم تكن
حاملا فكذلك عندنا وهو قول عمر بن الخطاب وعبد الله بن
مسعود وعايشه واسامه ويروى عن زيد بن ثابت ايضا
ومروان بن الحكم ومثله عن جابر لكن عنه وعن زيد بن ثابت غير
مشهور وبه قال ابن المسيب وشريح القاضى والاسود بن يزيد
والشعبى والثورى والحسن بن حى ذكر ذلك ابن حزم فى المحلى
وهو روايه عن ابن حنبل ذكرها فى المغنى وعليه اصحاب ابن مسعود
والقول الثانى لا نفقه لها ولا سكنى وهو قول ابن عباس وجابر

وبه يقول عطا وطاوس وعمرو بن ميمون وعكرمه وداود والمشهور
عن ابن حنبل والقول الثالث لها السكنى دون النفقه
وبه قال مالك والشافعى وجماعه والاصل فى نفى نفقه المبتوته
وسكناها حديث ابى سلمه بن عبد الرحمن عن فاطمه بنت قيس ان
ابا عمرو بن حفص طلقها البته وهو غايب فارسل وكيله بشعير
فتسخطته فقال والله ما لك علينا من شى فجات رسول الله
صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال ليس لك عليه نفقه
وامرها ان تعتد فى بيت ام شريك ثم قال تلك امراه يغشاها
اعمى صح
اصحابى اعتدى فى بيت ابن ام مكتوم فانه رجل تضعين ثيابك
واذا حللت فاذنينى قالت فلما حللت ذكرت له ان معويه بن
ابى سفيان وابا جهم خطبانى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
اما ابو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه واما معويه فصعلوك لا
مال له انكحى اسامه بن زيد فكرهته ثم قال انكحى اسامه بن زيد
فنكحته فجعل الله لى فيه خيرا واغتبطت اخرجه مسلم وابو داود
والنساى وقالت شرفنى الله بابن زيد وكرمنى الله بابن زيد
كلها عند مسلم وعنها ان ابا حفص بن المغيره طلقها ثلثا وسار
الحرث وان خالد بن الوليد ونفرا من بنى مخزوم اتوا النبى عليه
السلام فقالوا يا نبى الله ان ابا حفص بن المغيره طلق المغيره ثلثا
وانه ترك لها نفقه يسيره فقال عليه السلام لا نفقه لها وفى
روايه فقال عليه السلام ليس لها نفقه ولا سكنى وقال فيه
وارسل اليها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا تسبقينى بنفسك

وفى رواية ولا تفوتيني بنفسك وعن الشعبي عن فاطمه بنت قيس وهي اخت الضحاك بن قيس ان زوجها طلقها فلم يجعل لها النبي عليه السلام نفقه ولا سكنى رواه مسلم وابو داود والترمذي والنساى وابن ماجه مختصرا ومطولا وعن ابي سلمه عن فاطمه بنت قيس انها اخبرته انها كانت عند ابي حفص بن المغيره طلقها اخر ثلث تطليقات فزعمت انها جآت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتته في خروجها من بيتها فامرها ان تنتقل الى ابن ام مكتوم الاعمى فابى مروان ان يصدق حديث فاطمه في خروج المطلقه من بيتها اخرجه مسلم وابو داود والنساى وعن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة قال ارسل مروان الى فاطمه فسألها فاخبرته انها كانت عند ابي حفص وكان النبي عليه السلام امر علي بن ابي طالب يعني على بعض اليمن فخرج معه زوجها فبعث اليها بتطليقه كانت بقيت لها وامر عياش بن ابي ربيعه والحرث بن هشام ان ينفقا عليها فقالا والله ما لها نفقه الا ان تكون حاملا فاتت النبي عليه السلام فقال لا نفقه لك الا ان تكوني حاملا فاستاذنته في الانتقال فاذن لها فقالت اين انتقل يا رسول الله فقال عند ابن ام مكتوم فلم تزل هناك حتى مضت عدتها فرجع قبيصة الى مروان فاخبره بذلك فقال مروان لم نسمع هذا الحديث الا من امراه فسنأخذ بالعصمه التي وجدنا الناس عليها فقالت فاطمه حين بلغها ذلك بيني وبينكم كتاب الله قال الله فطلقوهن لعدتهن الى قوله لا تدري

لعل الله يحدث بعد ذلك امرا قالت اي امر يحدث بعد الثلث اخرجه مسلم وابو داود والنساى وذكر ابو مسعود الدمشقي ان حديث عبيد الله هذا مرسل لانه لم يسمع من قبيصه ولا من مروان وما ندري ممن سمع ذكره ابن حزم وام شريك اسمها غزية بضم الغين المعجمه بالتصغير واسم ابن ام مكتوم عمرو ويقال عبد الله والاول اكثر وام مكتوم اسمها عاتكه وابو جهم بن حذيفه القرشي العدوي اسمه عامر وقيل عبيد ومعنى فلا يضع عصاه انه كان كثير الضرب للنسا وقيل كنايه عن كثره الاسفار وقيل كان كثير الوطء والصحيح الاول وقد جا في صحيح مسلم قال واما ابو جهم فرجل ضراب للنساء وقبيصة بن ذويب قيل ولد في اول سنه الهجره وقيل عام الفتح وابوه ذويب بن حلحله وقيل ذويب بن حبيب له صحبه وروايه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو عمرو بن حفص زوج فاطمه بنت قيس قال المنذري اسمه احمد وقال الاشهر في اسمه عبد الحميد وقيل اسمه كنيته وعلى الاول ليس في الصحابه من اسمه احمد سواه وذكر الحافظ ابو جعفر لهم حديثا اخر وفيه مغيره وحصين واشعث واسمعيل بن ابي خالد وداود ومجالد عن الشعبي قال دخلت على فاطمه بنت قيس بالمدينه فسالتها عن قضا رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها فقالت طلقني زوجي البته فخاصمته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في السكنى والنفقه فلم يجعل لي سكنى ولا نفقه وامرني ان اعتد في بيت ابن ام مكتوم وقال

مجالد في حديثه يا بنت قيس انما النفقة والسكنى لمن كانت
له الرجعة وقال صاحب المغني ورواه الحميدي والاثرم ولان
النفقة عندهم بازا التمكين ولا تمكين هنا لانها اجنبيه ولنا
قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا ندع كتاب الله وسنة نبينا
لقول امراة لا ندري احفظت ام نسيت المطلقة ثلثا لها النفقة
والسكنى رواه الحافظ ابو جعفر الطحاوي والدارقطني ولم يقل
عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن حرب ابي العاليه
عن ابي الزبير عن جابر عن النبي عليه السلام المطلقة ثلثا لها النفقة
والسكنى ذكره عبد الحق وقال تكلم فيه يحيى ووثقه عبيد الله
ابن عمر القواريري ولا يقبل الجرح من غير ذكر سببه وروى
الدارقطني بهذا الاسناد حرفا بحرف عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال المتوفى عنها زوجها ليس لها نفقه واحتج
بحرب بن ابي العاليه ولم يذكر من تكلم فيه في سننه وعن ابي اسحق
السبيعي واسمه عمرو بن عبد الله ويقال فيه ابن ابي شعيرة
وابو شعيرة جده لانه قال كنت في المسجد الجامع مع الاسود بن
يزيد فقال اتت فاطمة بنت قيس عمر بن الخطاب رضي الله عنه
فقال ما كنا لندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امراة لا ندري
احفظت ام لا رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي
اعترض الدارقطني فقال فيه من غير ذكر سنة نبينا وهو
اصح من الاول لانه لاثبت ويحيى بن ادم احفظ واثبت من
ابي احمد الزبيري وقد تابعه قبيصة بن عقبة قلت كلامه

متناقض لان قوله اصح اعتراف منه بصحة الاول وقوله لاثبت
مناف لصحته ولانه لا يلزم من كونه احفظ واثبت لو سلم ترك
الزيادة التي زاده ابو احمد مع انه في صحيح مسلم من طرق وسنن
ابي داود والترمذي والنسائي ورد عليه المنذري وحكم بصحة
الزياده ورواية يحيى لا تنافي رواية ابي احمد فان يحيى روى بعضه
وابو احمد كمله والزيادة من العدل مقبوله وفي المحلى عن ابرهيم
النخعي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول لها السكنى والنفقة قال ابن حزم
وهذا مرسل لانه لم يدرك عمر ولد بعده بسنتين ولم يذكر فيه
قادحا سوى الارسال والمرسل حجة عند الايمة الثلثة وهذا
المرسل حجة عند الشافعي ايضا لانه عمل به بعض الصحابة على
اصله الذي ذكرناه قبل هذا غير مرة وقول عمر لا ندع كتاب
ربنا هو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان
ياتين بفاحشة مبينة ثم قال اسكنوهن من حيث سكنتم من
وجدكم وفي مصحف ابن مسعود وانفقوا عليهن من وجدكم قال
الصغاني الوجد بالضم السعة وقرا الاعرج بفتح الواو
قال قيل هو لحن لان الوجد بالضم الغنى وبالفتح الحزن والحب
والعطف فامر الله سبحانه باسكانهن في البيوت لصيانة الماء
وحفظ النسب ونهاهم في الاية عن اخراجهن حتى تنقضي عدتهن
ونهاهن عن الخروج وفاطمة لم يجعل رسول الله لها سكنى فقولها
مخالف لكتاب الله ثم ان الله سبحانه اوجب على الازواج النفقة حيث

اوجب عليهم السكنى وقولها ولا نفقه مخالف لكتاب الله من جهة
الاستنباط واما مخالفه السنة فقد ذكرناها وقال الحافظ
ابو جعفر الطحاوي والشيخ ابو بكر الرازي وما احتج به عمر رضي الله
عنه في دفع حديث فاطمه وفي ايجاب النفقه والسكنى للمطلقات
رجعيا كان الطلاق او باينا حجه صحيحه وذلك ان الله سبحانه
قال يا ايها النبي الى اخر ما ذكرنا من الايات فكانت المراه اذا طلقها
زوجها واحده او ثنتين للسنة على ما امر الله تعالى ثم طلقها
اخرى للسنة كما امر حرمت عليه ووجبت عليها التي جعل الله
لها فيها السكنى ونهاها عن الخروج فيها ونهى الزوج عن اخراجها
فيها ولم يفرق بين المطلقه للسنة التي لا رجعه عليها فيها وبين
المطلقه للسنه التي عليها الرجعه فلما جاءت فاطمه وروت التفرقه
بينهما خلاف ما روى عمر وجاء الكتاب بخلافه صح احتجاج عمر وبطل
حديث فاطمه فلم يجب العمل به وسنذكر تمام هذا في الاجوبه ولان
النفقه جزاء الاحتباس على ما تقدم والاحتباس قايم في العده من
النكاح عن مقصود لصيانه ولده من اشتباه نسبه ولهذا كان
لها السكنى عند مالك والشافعي وصارت كالحامل بالاجماع ولا
التفات الى الظاهريه في النفي واما قوله تعالى وان كن اولات
حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فلا يدل على انهن اذا كن حوايل لا
ينفق عليهن لوجوه منها احدها الاجماع على انها لا تخرج الحايل
بالطلاق الرجعي فانه ينفق عليها وان لم يكن من اولات الاحمال فكذا
بالباين والوجه الثاني ان الحمل قد يطول فاراد اعلامنا بوجوب

النفقه وان طالت مدة الحمل والوجه الثالث انما جاء النص
على نفقه الحامل لشدة العنايه بها لاجل حملها والوجه الرابع
تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على المختار في اصول الفقه
ولنا في ابطال روايه فاطمه بنت قيس مسالك المسلك
الاول رد كبار الصحابه لحديثها مثل عمر بن الخطاب وعبد الله
ابن مسعود واسامة بن زيد وزيد بن ثابت وعايشه ومروان
ابن الحكم ويروى عن جابر وقد تقدم انكارهم وخلق كثير بعدهم
وقال ابو سلمه انكر الناس عليها وفي صحيح مسلم لما حدث
الشعبي عنها بهذا الحديث اخذ الاسود بن يزيد كفا من حصا
وحصب الشعبي به وقال ويلك اتحدث بمثل هذا وانكره
اكثر اصحاب ابن مسعود وقال الشيخ ابو بكر الرازي من
شروط قبول اخبار الاحاد تعريها من نكير السلف والمسلك
الثاني الاضطراب وفي الاكمال للقاضي عياض جا طلقها وجا طلقها
البته وهي طلقه رجعيه عند الشافعي وجا طلقها ثلثا ثم انطلق
الى اليمن وجا ارسل بتطليقه كانت بقيت من طلاقها وجا طلقها
البته وهو غايب وجا مات عنها وفي المقدمات لابن رشد
وامرت فاطمه بنت قيس حين قتل زوجها ان تنتقل الى ابن ام مكتوم
وابن رشد الجد تبعه كثير وما قبله من الاضطراب رواه مسلم
وجماعه غيره وعنها اذن لي ان اعتد في اهلي ولاجل هذه العلل
لم يخرجه البخاري وجا طلقها ابو عمرو بن حفص وجا طلقها ابو حفص
ابن المغيره والاضطراب سبب سقوط الاحتجاج بالحديث

لما عرف في علوم الحديث ذكره ابن الصلاح ونص عليه ابن حزم في
المحلى والمسلك الثالث السبب الذي به سقطت النفقه
والسكنى لها وهو من وجوه احدها انها قالت يا رسول الله
ان زوجي طلقني ثلثا واخاف ان يقتحم علي فامرها رسول الله صلى الله
عليه وسلم فتحولت رواه مسلم في صحيحه والنساي فلم تعتد في
منزله اعترض ابن حزم فقال ليس فيه انه عليه السلام قال
انما امرتك بالتحول من خوف ان يقتحم عليك واذا لم يقل هذا
فلا يحل لمسلم يخاف النار ان يقول انما امرها بالتحول من اجل ذلك
قلت قوله فامرها رسول الله فتحولت جواب لسوالها
فيتقيد به ولا يجعل امره عليه السلام جوابا لشي لم يذكر ويترك
السوال بلا جواب ويدل على انه لاجل خوف الاقتحام المذكور في
سوالها الفا في فامرها فتحولت لانها للتعليل والجزا كما يقول
سرق فقطع زنا فرجم والعله تفيد حصر المعلول فيها وهو جاهل
بصناعه اصول الفقه وانما له الظاهر من الالفاظ دون معرفه
عللها ومداركها ثانيها ما ثبت عن عروه بن الزبير انه قال
لعايشه الم تري فلانه بنت الحكم طلقها زوجها البته فخرجت فقالت
بيس ما صنعت فقال الم تسمعي قول فاطمه بنت قيس فقالت اما انه
لا خير لها في ذلك متفق عليه وكل شي لا خير فيه باطل وهو تكذيب
لها بالكليه اذ روايه الحق مما يثاب عليه فلا يصح ان يقال فيه لا خير
لروايه ثالثها ان عايشه عابت ذلك اشد العيب وقالت ان
فاطمه كانت في مكان وحش فخيف على ناحيتها فلذلك رخص لها

رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه البخاري تعليقا بغير اسناد واسنده
ابو داود وابن ماجه وفي صحيح البخاري عن عايشه رضي الله عنها الا
تتقي الله يعني في قولها لا سكنى لها ولا نفقه ولا يقال مثل هذا الكلام
الا لمن ارتكب محرما او بدعه تخالف الشرع رابعها انها استطالت
على احمايها لسانا وعلى اهل الزوج فاخرجوها بسبب من جهتها
قال الشيخ ابو بكر الرازي قال ابن عباس فسقطت نفقتها
وسكناها جميعا قال الله تعالى ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشه
مبينه قال الصفاقسي في شرح البخاري عن ابن عباس الا ان
تفحش على اهل الرجل وتوذيهم قال عكرمه وفي مصحف ابي
الا ان يفحش عليكم وفي المغني ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشه
مبينه وهي ان تطول لسانها على احمايها وتوذيهم بالسب روي
هذا عن ابن عباس وبه قال الاكثر وقال الصفاقسي عن بعضهم
ان كل فاحشه لم يذكر معها مبينه في القران فهي الزنا فان نعتت
بمبينه فهي البذا باللسان وقيل هي الزنا فتخرج لاقامه الحد عليها
قاله ابن مسعود والحسن وقال ابن عمر والضحاك هي خروجها
من بيتها يقال بذات ابذا وفلان بذي اللسان وفي المبسوط
كانت بذيه اللسان على احماء زوجها يقال حم المراه ولا يقال حم
الزوج وقال ابو عبد الله يعني البخاري قد اختلفت الروايه في
هذا الحديث فعايشه وعمر وجماعه من الصحابه انكروه وخالفوه
وخالفوه وقالت عايشه كانت رخصه لعله وقال عمر لا ندع
كتاب الله وسنه نبيه لقول امراه لا ندري حفظت ام نسيت

لها السكنى والنفقه ذكره رزين بن معويه في تجريد الصحاح
وفي المغني انكر احمد هذا القول عن عمر ولكنه قال لا نجيز في
ديننا قول امراه وهذا مجمع على خلافه قلت انكار
عمر في صحيح مسلم وكذا ذكره البخاري عنه في تجريد الصحاح
لرزين بن معويه فلا يلتفت اليه وقوله ولا نجيز في ديننا قول
امراه لا اصل له حاشى عمر ان يقول هذا وانما انكر قولها المخالف
للكتاب والسنه قال ابن حزم هو منقطع لان ابرهيم لم يدرك
عمر ثم انهم اوجبوا لها النفقه والسكنى اذا كانت حاملا وليس
هذا التفصيل في هذا الحديث الذي روته فاطمه ولا في غيره
واوجبوا لها السكنى وهي نصت على عدمها في الصحيح ولم ياخذوا
به ومن القبيح الفاضح ان ياخذ الانسان ببعض الحديث الذي
يوافق مذهبه ويترك باقيه ولا يجوز ان تكون النفقه للحمل لوجوه
احدها انها لو كانت له لوجبت في ماله لا في مال المطلق
وثانيها ان نفقه الحمل لعود النسب وهي تسقط بمضي الزمان
وهذه النفقه لا تسقط عندهم فبطلت دعواهم انها للحمل وثالثها
انها لو كانت له لوجب ان يوخذ بها الجد عند اعسار الاب ونص
الشافعي في الاملاء انها للحمل لا للحامل ورابعها لو وقع طلاق
زوجته الامه وهي حامل كان ينبغي ان تكون النفقه على سيدها
لان الحمل ملكه ولا يقولون به وخامسها لو كانت للحمل لتعددت
بتعدد الحمل وسادسها لو كان للحمل نفقه لتضاعف نفقه المنكوحه
به او المطلقه الرجعيه به قال ابو بكر الرازي فلما لم يجب في

ماله علم انها لاجل احتباسها لحقه ولهذا لم يجب النفقه للمتوفى عنها
زوجها في مال الحمل من الميراث او غيره وقال ابن رشد المالكي
الحفيد في القواعد في المسله ثلثه اقوال اذا لم يكن حاملا
احدها وجوب النفقه والسكنى وهو قول الكوفيين
ومن قال بقولهم الثاني لا نفقه ولا سكنى وهو قول ابن حنبل
وابي ثور وداود وجماعه والثالث لها السكنى دون
النفقه وهو قول مالك والشافعي فمن اوجبها استدل بقوله
تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم والمعروف من
سنه رسول الله صلى الله عليه وسلم انه اوجب النفقه حيث
اوجب السكنى فلذلك الاولى في هذه المسله ان يقال ان هذا
الامر من مصير الى ظاهر الكتاب والسنه او الى تخصيصهما بحديث
فاطمه والتفريق بين السكنى والنفقه عسير ووجه عسره
ضعف دليله انتهى كلامه وقال ابن قدامه الحنبلي قول
عايشه انها كانت في مكان وحش لا يصح قلت هو في
صحيح مسلم وهو منه تجري عظيم على ام المومنين وقال عليه
السلام خذوا شطر دينكم من عايشه قال وهي احرم الناس
عليه اذ لا رجعه له فيها ولا بينهما ميراث قلت قد
يكون بينهما ميراث في الجمله وهي محبوسه في عدته لحقه وحق
ولده عسى وممنوعه وممنوعه من الزوج الذي ينفق عليها ويقوم
بمصالحها لولا عدته والحبس سبب النفقه كالقاضي والمضارب
على ما تقدم قال وعلل رسول الله تعذر غله عايشه بقال بانه

ال قيس انما السكنى والنفقه ما كان لزوجك عليك الرجعه قال
هكذا ذكره الحميدي والاثرم قلت لم يذكر ذلك من التزم
ذكر الصحيح وهو من روايه مجالد وهو ضعيف لا يحتج به وذكره
عبد الحق وسكت عنه قال الحافظ ابو الحسن علي بن القطان
في كتاب الوهم والايهام في احاديث الاحكام وهو لا يصح وفي
المحلى ارسل مروان بن الحكم قبيصه بن ذويب الى فاطمه بنت
قيس يسالها فاخبرته انها كانت تحت ابي عمرو بن حفص المخزومي
فذكرت انه طلقها اخر ثلث تطليقات اذ خرج الى اليمن مع علي بن
ابي طالب وان عياش بن ابي ربيعه والحرث بن هشام قالا والله
ما لها نفقه الا ان تكون حاملا واستاذنته في الانتقال فاذن
لها ولم يات الا ان تكون حاملا الا من هذا الطريق وهو منقطع
فان عبيد الله بن عبد الله بن عتبه بن مسعود لم يسمع من قبيصه
ولا من مروان ولا ندري ممن سمعه قاله ابن حزم الظاهري ولما
قال مروان لم نسمع هذا الحديث الا من امراه سناخذ بالعصمه
التي وجدنا الناس عليها قالت فاطمه حين بلغها ذلك بيني وبينكم
كتاب الله اي امر يحدث بعد الثلث ولا حجه لها في ذلك
قال القاضي عياض لان هذه العله لم تات للاخراج وانما جاءت
لعله النهي عن تعدي حدود الله في الزياده على الواحده ومخالفته
او يكون المراد احداث النسخ وفي المبسوط لعل الله يحدث
بعد ذلك امرا اي ولدا وقد يحدث بعد الثلث العود الى الاول
بشرطه واعترض ابن حزم على عمر بن الخطاب في قوله لها ان

جيت بشاهدين يشهدان انهما سمعاه من رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال لو لزم بهذا فاطمه للزم عمر في كل ما حدث به عن
رسول الله ولا فرق قلت هذا جهل من ابن حزم وجراه
على عمر الفاروق وقرابه رسول الله صلى الله عليه وسلم الفرق
بينه وبين فاطمه وليس قول فاطمه مع معارضته الكتاب والسنه
مثل قول عمر ثم ان عمر عند ذلك خليفه او قاض وقول القاضي لا
يحتاج الى شاهدين وقال عليه السلام عليكم بسنتي وسنه
الخلفا الراشدين المهديين من بعدي عضوا عليها بالنواجذ وابن
فاطمه بنت قيس من هذا حتى يعارض بها عمر وانما هو رجل جاهل
مقدام على العظايم وروي عن سعيد بن المسيب لما ساله ميمون
ابن مهران انه قال تلك امراه فتنت الناس كانت لسنه فوضعت
على يد ابن ام مكتوم طعن فيه بارساله وقد علم ان مرسل سعيد بن
المسيب حجه عند الايمه الاربعه وطعن ايضا في مروان بن
الحكم والعصمه الامر الموثوق به القوي ذكره المنذري وفي
البدايع كان زوجها غايبا فلم يقض لها بالنفقه والسكنى لان
القضا على الغايب لا يجوز وعن يحيى بن سعيد عن القسم بن محمد
وسليمان بن يسار انه سمعهما يذكران ان يحيى بن سعيد بن
العاص طلق بنت عبد الرحمن بن الحكم البته فنقلها عبد الرحمن
ابن الحكم فارسلت عايشه ام المومنين الى مروان وهو امير
المدينه اتق الله واردها الى بيتها قال مروان ان عبد الرحمن
غلبني وفيه لما قالت عايشه لا يضرك ان لا تذكر حديث فاطمه قال

مروان ان كان بك شر فحسبك ما بين هذين من الشر رواه البخاري
ومسلم بمعناه وطعن ابن حزم في مروان وهو ابن الحكم بن ابي العاص
ولد بعد الهجرة بسنتين وروى عن عثمان وعلي وزيد بن ثابت روى
عنه سهل بن سعد وابنه عبد الملك وعروة وعلي بن الحسين
وعبيد الله بن عبد الله وابن المسيب وغيرهم ومات سنة خمس
وستين روى له ابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والبخاري
مقرونا بالمسور بن مخرمة حديث الحديبية والطعن في اصحاب
رسول الله مردود وهم عدول بشهادة رسول الله صلى الله عليه
وسلم ذكر مولده ووفاته في الكمال قوله ولا نفقة
للمتوفى عنها زوجها حايلا كانت او حاملا الا من نصيبها هكذا
عن ابن عباس وبه قال عطا والحكم بن عتيبة وابن سيرين وعبد الملك
ابن يعلى قاضي البصرة والحسن البصري وعامر الشعبي وابن حنبل وهو
احد قولي الشافعي والقول الثاني ان كان الميت له مال الحمل ينفق
عليها من نصيبه وان كان قليلا ينفق عليها من جميع المال يروى
عن ابرهيم النخعي واصحابه والقول الثالث ينفق عليها من جميع
المال وهو قول ايوب السختياني وابن ابي ليلى اذا كانت حاملا
والقول الرابع لها النفقة من جميع المال حاملا كانت او لا
يروى عن ابن عمر والقول الخامس ان كانت المتوفى عنها زوجها
فلا نفقة لها وان كانت ام ولد فلها النفقة من جميع المال حتى
تضع وبه قال الليث وفي المغني ان قلنا يجب المسكن للمتوفى
عنها زوجها اذا كانت حاملا فهي احق بسكنى المسكن من الورثة

والغرما من راس مال المتوفى ولا يباع في دينه قبل انقضا العدة قال
صاحب المغني وبه قال مالك والشافعي وابو حنيفة وجمهور العلما
فان تعذر فعلى الوارث ان يكتري مسكنا من مال الميت وان قلنا لا
يجب السكنى عليها فتبرعت الورثة باسكانها في مسكن زوجها
او اجنبي لزمها السكنى فيه قلنا ايجاب النفقة والكسوة
بالشرع ولم يرد بايجابهما على الميت في مال غيره وهم الورثة ولان
احتباسها في عدة الوفاة ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص
فيها تعبد لا لتعرف براءة الرحم ولهذا لا يشترط فيها الحيض ولان
النفقة تجب شيا فشيا ولا ملك بعد موته فيجب فيه ولا تجب
على الورثة في ملكهم لعدم التزامهم قال ابو العالية انما
ضمت العشر الى اربعة اشهر في العدة لان فيها ينفخ الروح
فيتحرك فيظهر الحمل ووجوب العدة قبل الدخول لتوكدها عبادة
لكن يعارضها انقضاؤها بدون العلم بموته قالوا الفرق
بين الطلاق قبل الدخول وبين الوفاة قبله انه لو كان حيا ربما
ادعى الدخول فاحتاطوا في ايجابها والنص عري عن قيد الدخول
وفي البدائع لا نفقة للمعتدة عن وفاة ولا سكنى في مال الزوج
سوا كانت حاملا او حايلا ولا في مال الوارث والصغيرة والكبيرة
والحرة والامة والمسلمة والكتابية سوا في عدة الوفاة وكذا لا
نفقة ولا سكنى في عدة الوفاة من النكاح الفاسد وفي احكام
القران للرازي ان المتوفى عنها زوجها اذا كانت تجب نفقتها حاملا
وسكناها في جميع المال عند ابن مسعود وابن عمر وشريح وابي العالية

والشعبي والنخعي ولا نفقة لها عند ابن عباس وابن الزبير وابن المسيب
والحسن وعطا ونفقتها في مالها وقال عامة فقها الامصار
كابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وزفر لا سكنى لها ولا نفقة في مال
الميت حاملا كانت او حايلا وقال ابن ابي ليلى نفقتها في مال
الزوج كالدين على الميت اذا كانت حاملا وقال مالك ان كانت
حايلا فلها السكنى اذا كانت الدار للزوج ويقدم على الغرما حتى
تنقضي عدتها ويشترط على المشتري سكناها وقال الثوري ينفق
عليها من جميع ماله حتى تضع وروى المعافى عنه ان نفقتها من
حصتها وقال الاوزاعي لا نفقة لها وان كانت حاملا الا ان
تكون ام ولد وقال الحسن بن صالح لها النفقة من جميع المال
وللشافعي في احد قوليه لها النفقة والسكنى اذا كانت حاملا
وفي قوله الاخر لا نفقة لها ولا سكنى قوله وكل
فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج
في النكاح او ابيه فلا نفقة لها استحسانا ويجب السكنى لانه
عليها ذكرها في الجامع والتجريد وكل فرقة جاءت من قبل الزوج
او من قبلها بغير معصية بل بحق فلها النفقة والسكنى كخيار البلوغ
والعتق في العدة لبقاء الاحتباس فصار كقتل المورث بحق فانه
لا يحرم الميراث والتفريق بعدم الكفاءة يجب به النفقة والسكنى
لانه بحق ولو حبست في عدتها بدين او ردة او وجبت سقطت
ولو طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان
مكنت ابن زوجها من نفسها بعد الثلث فلها النفقة والسكنى

السابع عشر

لان الحرمة قد ثبتت بالثلث قبل التقبيل والردة والتقبيل لا ينافي
النفقة لانها سبب المحرمية بينهما وهي من اسباب النفقة والفرق
ان المرتدة تحبس حتى ترجع ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس
فلهذا يقع الفرق وان لم تكن حبست تجب نفقتها ايضا هكذا في
الذخيرة فلا فرق حينئذ ولهذا قال في الجامع فلو عادت اليه
مسلمة او مرتدة عادت نفقتها بخلاف ما بعد اللحاق وفي الذخيرة
لو عادت الى دار الاسلام فلها النفقة والسكنى بحمل ما ذكر
في الجامع على انه حكم بلحاقها والملاعنة لها النفقة والسكنى لانها
فرقة بطلاق من جهة الزوج وكذا بالخلع والايلاء والردة من
الزوج وجماعه امها لانها من قبله والنفقة كانت واجبة
فتبقى وكذا النفقة تجب بفرقة العنة لانها بحق وان كانت الفرقة
من غيرها فلها النفقة والسكنى كما لو وطيها ابن زوجها مكرهة
من غير تمكين اذ لم يوجد منها ما يسقط النفقة بخلاف المهر قبل
الدخول فانه يسقط بالفرقة سوا كانت بحق او بغير حق لانه
عوض من كل وجه ولهذا لا يسقط بموت احدهما فصار كهلاك
المبيع قبل القبض فانه يسقط الثمن وفي الذخيرة والخزانة
المنكوحة لو ارتدت حتى وقعت الفرقة بينهما لا نفقة لها اصرت
على ذلك او رجعت عن الردة وقد بان فرق بينها وبين
الناشزة اذا ابانها ثم تركت النشوز فانها تستحق النفقة
ما دامت في العدة وههنا قال اذا اسلمت والعدة باقية
لا تستحق النفقة والفرق ان في مسئلة النشوز جاءت

الفرقة من جهته بطلاقه بعد النشوز فتستحق النفقة اذا زال النشوز وفي المرتدة جاءت الفرقة من جهتها في حال قيام النكاح وعند الشافعي واحمد ان عادت الى الاسلام تعود نفقتها لانها لم تبن منه عندهما ولو كانت الامة في بيت المولى ولم تعد الى بيت الزوج حتى طلقها ثم عادت اليه بعد الطلاق فلا نفقة لها عند علمائنا الثلثه بخلاف الحرة الناشزة وقت الطلاق لو عادت الى منزله بعده فانها تستحق نفقة العدة والفرق ان نكاح الامة لم يكن سببا للنفقة عند الطلاق ولهذا لو اراد الزوج ان يعيدها بغير رضى المولى لم يكن له ذلك بخلاف الناشزة الحرة فانه سبب لايجابها ولهذا يعيدها بغير رضاها جبرا ولو اخرجها المولى من بيت الزوج بعد الطلاق ثم اعادها اليه كان لها النفقة لانه كان سببا لوجوب النفقة عند الطلاق

مسئله ابرات عن النفقة في المستقبل وهي زوجة لم يصح ولو ابرأته عنها في عقد الخلع صح لان الابرا في الخلع ابرا بعوض وهو استيفا قبل الوجوب جائز وفي الاول الابرا اسقاط واسقاط الشي قبل وجوبه لا يجوز

مسئله صالحت المعتدة عن نفقة العدة على دراهم ينظر ان كانت عدتها بالحيض لا يصح لجهالتها وان كانت بالاشهر جاز الصلح لان مدة العدة معلومة وفي الذخيرة قال محمد نفقة العدة كنفقة النكاح ومن لا يستحق النفقة في حال النكاح لا يستحقها في العدة وقال الخصاف في نفقاته كل نكاح يتوارث الزوجان فيه

بالزوجية لو مات احدهما تجب فيه النفقة لو طلقها وقد دخل بها وقال السرخسي في شرحه هذا الاصل غير سديد على قول ابي حنيفة فان الذمي لو تزوج بامه فانها تستحق النفقة عنده ولا يتوارثان لو مات احدهما قلت لا ينتقض الاصل الذي ذكره الخصاف بذلك لانه لم يقل وما لا والنقض سوال على العكس فلا يرد عليه ولم يذكر كسوة العدة لانها لا تبقى في العدة مدة يحتاج فيها الى الكسوة غالبا حتى لو احتاجت اليها يفرض لها ذلك ايضا قال محمد النفقة هي الطعام والكسوة ذكره عنه هشام في نوادره ولو لم يكن للمطلق منزل مملوك يكتري لها منزلا ويكون كراه عليه

مسئلة غريبة ذكرها ابن يونس المالكي في شرح المدونة اذا لم يجد ما ينفق على ام ولده او غاب عنها ولم يترك لها نفقة قال مالك يعتق ولا تزوج وكذا قال اشهب وهو نظير التفريق بالاعسار عنده وقال بعض القرويين تزوج عليه ان كان غايبا ويزوجها هو ان كان حاضرا وهو اولى من اخراجها من ملكه بالعتق قلت اعتاقها عليه بغير برهان ولا شبهة فهو باطل بلا شك

فصل قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه احد في نفقة الزوجة اعلم ان اهل العلم اختلفوا في وجوب نفقة الانسان على غيره قال الشعبي ما رايت احدا اجبر احدا على نفقة احد وقالت طايفة لا ينفق احد الا على الوالد الادنى والام التي

ولدته الذكر والانثى يجبران على النفقه عليهما اذا كانا فقيرين ويجبر
الاب دون الام على نفقه الابن الادنى حتى يبلغ وعلى البنت الدنيا
حتى تزوج وان بلغت ولا يجبر الام على نفقه ولدها وان مات جوعا
وهي في غايه الغنى ولا ينفق على ابويه الا ما فضل عن نفسه وزوجته
ولا يجب نفقه ولد الولد ولا نفقه ابي الاب ولا نفقه ام الام
وام الاب قال ابن حزم هذا قول ملك ومن قلده وقالت
طايفه يجبر على النفقه على الابوين والاجداد والجدات وان علوا
وعلى الاولاد واولاد الاولاد وان سفلوا ولا يجبر على نفقه غير
من ذكرنا وهو قول الشافعي ومن قلده وقالت طايفه
يجبر على نفقه كل ذي رحم محرم وبه قال حماد بن ابي سليمان وهو قول
ابي حنيفه واصحابه قال ابن حزم هذا اذا كان وارثا له
خاصه ولا يجبر على نفقه ذي رحم محرمه اذا لم يكن هو وارثا له
ثم فرع ابن حزم المذكور وهذي هذيانا كثيرا من غير تعقل معنى
ما قاله اصحابنا وطول كلامه بتخليط كثير غث وليت شعري
لو كان اخذ كتابا من كتب المذهب واتبع السواد بلا فهم لقد كذب
على ابي حنيفه فيما نقله فان ابا حنيفه لم يقل اذا كان وارثا ولا شرط
في وجوب النفقه لذي الرحم المحرمه الارث جمله كافيه ولا احد
من اصحابه وكلامه هوس كلام المجانين نسال الله العافيه وقالت
طايفه يجب النفقه لكل وارث وهو قول الظاهريه حتى اوجبوا
على الزوجه الموسره نفقه زوجها المعسر من غير ان يرجع بها
عليه اذا ايسر وقالت طايفه يجب لكل وارث الا

الزوجة فانه لا يجب عليها نفقه زوجها المعسر وهو قول احمد بن
حنبل حتى اوجب نفقه المعتق على معتقه وخالف الايمه الثلثه
واصحابهم فيها والاصل في نفقه الاولاد الصغار على الاب
قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فاذا
وجبت عليه نفقتهن من اجل ولده فنفقه ولده اولى بالوجوب
عليه فعلى هذا يكون ثابته بدلاله النص ولان قوله وعلى المولود
له يدل على وجوبها عليه لان اللام للملك او الاختصاص فيكون
باشارة النص وهذا اجماع ويجب نفقته على الام اذا لم يكن له
اب عندنا وبه قال الشافعي وابن حنبل وعن ملك لا يجب
عليها لعدم العصوبه لها لولدها فاذا وجب عليها هل يرجع
الام على الاب اذا ايسر حكى ابن قدامه عن الايمة الاربعة عدم
الرجوع قال وقال ابو يوسف ومحمد يرجع وفي جوامع الفقه
اذا لم يكن للاب مال والجد او الام او الخال او العم موسر يجبر على
نفقه الصغير ويرجع بها على الاب اذا ايسر وكذا يجبر الابعد اذا
غاب الاقرب ثم يرجع ولم يحك خلافا وفي نفقات الشهيد
خلع امراته وغاب وطالبت عم اولادها فعلى العم ثلثا نفقتهم
وعلى الام الثلث اذا كانا موسرين ويكون دينا على الاب يرجع كل
منهما عليه اذا كان بامر الحاكم قال القاضي هكذا اذا كانت
الغيبه منقطعه وفي الخزانه قال ابو يوسف لا افرض نفقه
الام على الاب اذا كان لها زوج معسر وهي معسره وقال محمد
افرض عليه واجعلها دينا على الزوج ونفقه الصغير على

الجد والام على قدر ميراثهما في ظاهر الرواية وبه قال ابن حنبل وروى
الحسن عن ابي حنيفة انها على الجد وحده لجعله كالاب وبه قال
الشافعي وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه
لان كفايته على الاب واجرة الرضاع كنفقته وقيل معنى قوله
تعالى لا تضار والدة بولدها لا تلزم بارضاعه مع كراهتها اذا كان
يوجد من يرضعه وتجبر اذا كانت ممن يرضع ولم يكن بها علة
وان لم يوجد تجبر على الارضاع صيانة له عن الضياع وفي الذخيرة
لو كان لا يوجد من يرضعه او لا ياخذ ثدي غيرها تجبر وذكر الحلوائي
ان في ظاهر الرواية عن اصحابنا انها لا تجبر لانه يتغذى بالدهن
والشراب وبقية الالبان فلا يؤدي ترك اجبارها الى التلف
وعن ابي حنيفة وابي يوسف في النوادر انها تجبر وهو المذكور
في الكتاب وقد تقدم هذا قبله ويستاجر الاب من ترضعه
عندها اذا ارادت ذلك لان الحجر والتربية لها ولا يجب عليها ان
تمكث في بيت الام الا ان يشترط ذلك عليها بل لها ان ترضعه ثم
ترجع الى منزلها وتحمل الصبي معها اليه او تقول اخرجوه فترضعه
عند فناء الدار ثم يدخل الصبي الى امه ذكره الشهيد وفي المغني
للزوج منعها من ارضاع ولدها من غيره الا لضرورة بان لا يوجد
غيرها او لا ياخذ ثدي غيرها لانه يفوت عليه الاستمتاع في تلك
الاوقات فمنعت منه مثل خروجها من منزله وفي حال الضرورة
يقدم على حقه كتقديم المضطر على المالك اذا لم يكن به مثل ضرورته
وهل له ان يمنعها من ارضاع ولدها منه فيه وجهان احدهما

له المنع كغير ولدها وهو قول الشافعي والثاني ليس له منعها وهو
قول اصحابنا اذ الارضاع واجب عليها بالنص ولا يصح حمل الاية
على المطلقات لانه تخصيص بغير دليل فان اجرت نفسها
للارضاع ثم تزوجت فليس للزوج منعها من ذلك حتى تنقضي
مدة الاجارة ولا فسخها فاذا نام الصبي او اشتغل بغيرها فله
الاستمتاع بها وليس لولي الصبي منعه من ذلك وبه قال
الشافعي وقال مالك ليس له وطيها الا برضى الولي لانه
ينقص اللبن قلت ويحتمل العلوق وهو يفسد اللبن قلنا
اذا جاز وطيها باذن الولي يجوز بغير اذنه ايضا بالعقد المشروع
لان اذن الولي غير معتبر فيما يضر الصبي ويسقط حقه وان اجرت
نفسها للارضاع يجوز باذن الزوج ولا يجوز بغير اذنه لان الحق
له وهو احد الوجهين للشافعية والثاني يجوز وله فسخها
ان شاء وعندنا له فسخها اذا لم يعلم بها وليس له منعها من وطيها
فاذا حبلت فله فسخها للضرر كما لو مرضت فان استاجرها وهي
زوجته او معتدته عن طلاق رجعي لم يجز عندنا وبه قال الشافعي
وقال ابن حنبل يجوز لنا ان الارضاع مستحق عليها ديانة
وقد ذكرنا النص فيه فلا يجوز اخذ الاجرة عليه وهذا لانه من
اعمال داخل البيت وهي واجبة عليها ديانة وفي المبتوتة روايتان ن
في المعتدة ظاهر الرواية الجواز لانقطاع النكاح وفي رواية
الحسن عن ابي حنيفة لا يجوز هكذا ذكره في المبسوط وتعليل
الشافعية للمنع ان المنافع التي لها ملكه ولا يجوز ان تعقد على بعض

ملكه وبرد عليهم لو وطيت بشبهه كان العقر لها ولو كانت ملكه لوجب
ان يكون لها له ولو استاجرها وهي منكوحته او معتدته لارضاع
ولده من غيرها جاز وبعد انقضا العده يجوز في الكل لزوال النكاح
بالكليه فان قال الاب لا استاجرها وجا بغيرها فرضيت
الام بمثل اجره الاجنبيه او رضيت بغير اجره كانت اولى من الاجنبيه
وان التمست زياده لم يجبر الاب عليها وفي الاسبيجابي وقاضي خان
لو كانت الام ترضعه باجره والاجنبيه بغير اجره او كانت الام ترضعه
باجر المثل والاجنبيه بدون اجر المثل فالاجنبيه اولى وترضعه
عند الام ولا تفارقه الا اذا اختارت الام ذلك وهو ظاهر
مذهب الشافعي وعند الحنابله ان طلبت اجر المثل يجب عليه وان
وجد متبرعه بارضاعه وان طلبت زياده يجوز له انتزاعه منها
وفي نفقات الشهيد لا تجتمع نفقه الرضاع مع نفقة العده
وذكر في الاصل انها تستحقهما فصار فيهما روايتان ولو دفع
زكاة ماله اليها او شهد لها في العده لم يجز روايه واحده
ونفقه الصغير واجبه على ابيه وان خالفه في دينه كما يجب نفقه
الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه والعله مختلفه مع اتحاد
الحكم فيهما وصوره مسله الصغير ان يكون اسلم وهو مميز وابوه
نصراني او اسلمت امه فيحكم باسلامه تبعا لامه خلافا لمالك
واما ان يكون مسلما وولده صغير نصراني فلا امكان شرعا هذا اذا
لم يكن للصغير مال فان كان له مال فنفقته في ماله وكذا اجره رضاعه
قال ابن المنذر وهذا اجماع فاذا بلغوا فلا نفقه لهم الا ان يكونوا

زمنى وكذا ولد ولده وان سفلوا ومنهم من اوجب نفقه الاولاد
الصغار والكبار على الاب لحديث هند واجمع كل من يحفظ عنه
من اهل العلم ان نفقه الصغير بعد موت ابيه واجره رضاعه في
ماله وروى عن حماد بن ابى سليمان ان اجره رضاعه من جميع المال
المتروك لابيه ثم تقسم له نصيبه ما بقي وجعله بمنزله الدين
وقال النخعي ان كان المال قليلا فمن نصيبه وان كان كثيرا فمن
جميعه وقد مر جنسها فصل قوله وعلى
الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته الى الاب وان علا
وابي الام وان علا وام الاب وان علت وام الام وان علت وفيه
خلاف مالك كما ذكرنا اذا كانوا فقرا وشرط الشافعي مع ذلك
ان يكون الاب زمنا ولم يوافقه احد وفي الاشراف قال ابن
المنذر اجمع اهل العلم على ان نفقه الابوين الفقيرين اللذين لا
كسب لهما ولا مال لهما واجبه على الولد وبه قال مالك والثوري
والحسن بن صالح والشافعي وابن حنبل واسحق وابو ثور لكن
قال الشافعي اذا كانا زمنين ولم يذكر ذلك احد غيره وعندنا
لا يكلفان الاكتساب وفي التنبيه يجب على الاولاد ذكورهم واناثهم
نفقه الوالدين وان علوا بشرط الفقر والزمانه او الجنون ومع
الصحة قولان واصحهما لا يجب ونفقه الاولاد كذلك اذا كانوا
اطفالا فقرا وان كانوا بالغين اصحاء لم يجب وقيل قولان قال
ابن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان اطيب ما
اكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه ولم يشترط فيه الزمانه

او المجنون ولا منعه من اكل ماله مع القدرة على الاكتساب الذي فيه مشاق العمل وتحمل التعب وقال مالك والشافعي لا يشترط في وجوبها اتحاد الدين وفي المغني لا يجب النفقه مع اختلاف الدين الا للزوجات وفي عمود النسب روايتان في يعتق عنده ذو الرحم المحرم بالملك مع اختلاف الدين وهو قول اصحابنا على ما ياتي عن قريب قال الله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا اي صحابا معروفا هو مثل قولك اعطيته جزيلا اي عطا جزيلا نزلت الايه في الابوين الكافرين يدل عليه ما قبله وهو قوله وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وليس من المعروف ان يعيش الابن في نعم الله تعالى ويترك ابويه يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فهم من الابا والامهات بواسطه ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه وكذا على المراة ان تنفق على ابويها واجدادها وجداتها كالرجل وشرط الفقر لان الغني ياكل من ماله وصلب حاله ولا يجب النفقه مع اختلاف الدين الا للزوجه والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد وان سفلوا اما الزوجه فلما ذكرنا انها محتبسه لحقه وذلك موجود في المسلمة والكافرة وغيرها للجزئيه الثابته بينهما فكانه لا يحرم النفقه على نفسه بسبب كفره فكذا على جزءه واصله لانهما في معنى نفسه الا انهما اذا كانا حربيين لا يجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستامنين لانا نهينا عن البر في حق من قاتلنا في الدين ويرد عليه الميره لاهل الحرب بالطعام والثياب ولا يجب على النصراني نفقه اخيه المسلم ولا على المسلم نفقه اخيه النصراني

وبه قال ابن حنبل قال لان النفقه متعلق بالارث بالنص قلت الضابط عندنا الرحم والمحرميه والارث ليس بشرط حتى وجبت على الخال والخاله والعمه دون ابن العم والميراث له بخلاف العتق لانه متعلق بالقرابه والمحرميه ولان القرابه موجبه للصله ومع الاتفاق في الدين اكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقه فاعتبرنا في اعلى القطيعتين اصل العله وفي ادناهما العله الموكده فافترقا ولو كان له عم وعمه او عم وخال وخاله فالنفقه على العم دون العمه والخال والخاله فترجح بالارث وان لم يكن شرطا هكذا ذكره في البدايع وفي الواقعات وعمده الفتاوى في العم والعمه اثلاث ولم يعتبر الارث قوله ولا يشارك الولد في نفقه ابويه احد وفي نفقات الشهيد لا يعتبر الارث في الولد وانما يعتبر في غيره حتى لو كان له بنت واخ لاب وام او لاب فنفقته كلها على البنت والميراث بينهما بالسويه وكذا في البنت والاخت لاب وام او لاب وعلى هذا اذا اجتمع للفقير اب وابن فالنفقة كلها على الابن عندنا وعند ابن حنبل على الاب وللشافعيه وجهان احدهما على الاب وحده كقول ابن حنبل والثاني عليهما قلنا للابوين تاويل في مال ولدهما بالنص ولا تاويل لهما في مال الاب ولان الولد كنفسه لانه جزءه بخلاف الاب وفي المغني في الام والبنت ارباع وقال به قال ابو حنيفه كالميراث وعند الشافعي على البنت لانها تصير عصبه مع الابن وهو قول اصحابنا ونقله عنا غلط ولم يراعوا هذا المعنى في الفقير اذا كان له جد وابن ابن حيث اوجبوها عليهما

على قدر الميراث وكذا في الام والجد اثلاث وكذا عند ابن حنبل وعند
الشافعي على الجد خاصة وهي على الذكور والاناث سوا وعند الشافعي
وابن حنبل اثلاث وهو رواية الحسن عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
واعتبره بنفقة ذوي الارحام قال في الذخيرة الاول اظهر
الروايتين وهو الاصح وفي الكتاب في ظاهر الرواية وهو الصحيح
لان المعنى وهو الولاد يشملهما والارث غير معتبر في حقهم حتى
وجبت نفقتهم مع اختلاف الدين ولا ميراث ويجب النفقة
لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة
او كان ذكرا بالغا زمنا او مقعدا او مفلوجا او اشل اليدين او
اعمى او مجنونا ووجوب نفقة ذوي الارحام قول حماد بن ابي سليمان
وابن حنبل وفي مصنف ابي بكر بن ابي شيبة والمحلى لابن حزم ان ذلك
مذهب الحسن وعبد الله بن عتبة بن مسعود وقبيصة بن ذويب
والنخعي وعطا وقتادة ومجاهد والشعبي وشريح وزيد بن اسلم
والضحاك بن مزاحم وحماد بن ابي سليمان والثوري وعن عمر بن الخطاب
رضي الله عنه انه جبر رجلا على نفقة ابن اخيه وعن زيد بن ثابت في
العم والام النفقة عليهما على قدر الميراث ذكرهما ابو بكر بن ابي شيبة
في مصنفه وذكر ابن حزم انها على عدد الروس بالسوية دون مقادير
الميراث وهو ظلم محض ومخالف لقول السلف ورد ابن حزم على
مالك اقبح رد فقال لم يقله احد قبله قال فان موه مموه
بان قال قد اجمع على ذلك واختلف فيما عداه كان باطلا ولا بد على
ضبط الاجماع الا كاذب على الامة كلها وكذا قول الشافعي مثله

١٥٧

ولا فرق قال الشيخ ابو بكر الرازي قول زيد بن ثابت رضي الله عنه
مذهب اصحابنا وابن مسعود رضي الله عنه اثبته قرانا في مصحفه
وسمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن المحال ان يخالف رسول الله
فيما سمعه منه قرانا وكذا عمر جبر الاخ على نفقة ابن اخيه وهو ذو رحم
محرم منه ولم يرو عنه غير ذلك ويدل على نفقة ذوي الارحام
وغيرهم حديث كليب بن منفعة عن جده انه اتى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال يا رسول الله من ابر قال امك واباك واختك
واخاك ومولاك الذي يلي ذاك حق واجب ورحم موصولة رواه
ابو داود وعن طارق المحاربي قال قدمت المدينة فاذا رسول الله
قايم يخطب الناس على المنبر وهو يقول يد المعطي العليا وابدا بمن
تعول امك واباك واختك واخاك ثم ادناك ادناك رواه
النساي وفي حديث معوية بن حيدة القشيري قلت يا
رسول الله من ابر قال امك قلت ثم من قال امك قلت ثم من
قال امك قلت ثم من قال ثم اباك ثم الاقرب فالاقرب رواه
ابو داود واحمد والترمذي وقال حديث حسن وعن ابي هريرة
رضي الله عنه قال جا رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال يا رسول الله من احق الناس بحسن صحابتي قال امك قال
ثم من قال امك قال ثم من قال امك قال ثم من قال ابوك اخرجاه
وزاد مسلم ثم ادناك ادناك وفي صحيح مسلم فان فضل عن اهلك
شي فلذي قرابتك الحديث تقدم ولان صلة الرحم في القرابة
القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وهي

ملحقه بعمود النسب عندنا وعند الشافعي بالبعيد وهي اولاد الاعمام
واولاد الاخوال وتأيد قول اصحابنا بقراة ابن مسعود وعلى الوارث
ذي الرحم المحرم مثل ذلك وهو في مصحفه ثم لا بد فيهم من الحاجه
والصغر والانوثه والزمانه والعمى والفلج والجنون عند عدم
المال علامه الحاجه اذ القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف
الابوين فانهما لا يكلفان التكسب خلافا للشافعي قال الله سبحانه
واخفض لهما جناح الذل من الرحمه وصح عن رسول الله ان عقوق
الوالدين من الكباير وليس في العقوق اكبر من ان يكون الولد
مليا ذا خدم وحشم وثروه ويترك اباه او جده يكنس الكنيف
او يسوس الدواب او يكون زبالا او موقدا في الاتون والحمامات
او حجاما او غسالا يغسل ثياب الناس او يترك امه او جدته
بلانه في الحمام او تخدم الناس فما خفض لهما جناح الذل من الرحمه
بلا شك وقال الله تعالى وبالوالدين احسانا اي احسنوا بالوالدين
احسانا ومن الاحسان اليهما الصبر لجفايهما وتوقيرهما وتعظيمهما
والتوسعه عليهما عند حاجتهما وطاعتهما ما لم يامرا بمعصيه
وقال الله تعالى ان اشكر لي ولوالديك قرن شكرهما بشكره
سبحانه وروي عنه عليه السلام انه قال انت ومالك لابيك
ذكره الشيخ ابو بكر الرازي في احكام القران وفي الذخيره
لو كان الاب كسوبا والابن ايضا كسوب يجبر الابن على الكسب
والنفقه عليه وذكر الحلواني في شرح ادب القاضي للخصاف
انه لا يجبر واعتبره بنفقه ذي الرحم المحرم فانه لا يستحق النفقه

في كسب قريبه ولا على الموسر اذا كان هو كسوبا لانه غني بكسبه
والاب يجبر ويحبس على نفقه اولاده الصغار اذا ابى ان يكتسب
وينفق عليهم فان كان الاب عاجزا عن الكسب ومقعدا يتكفف
وينفق على اولاده هكذا ذكره في نفقه الخصاف ومن المتاخرين
من ذكر ان نفقتهم في هذه الصوره في بيت المال كنفسه وذكر
الخصاف في ادب القاضي ان القاضي في هذه الصوره يفرض على الاب
نفقتهم ويامر الام بالاستدانه وان لم تلتمس ذلك فاذا ايسر
طالبته بما استدانت وكذا لو امتنع من الانفاق مع يساره
يفرض عليه ويامرها بالاستدانه عليه لترجع به على الاب والكبير
الصحيح الذي لا يحسن العمل يجب نفقته على الاب وهو كالعاجز
عن الكسب وكذا لو كان من اهل البيوتات وكذا لو اني طالب
العلم اذا كان لا يهتدي الى الكسب لا تسقط نفقته عن الاب
بمنزله الزمن والانثى وكذا ذكره صدر القضاه عن اصحابنا
وانما افتى ابو حامد بخلافه لفساد حال اكثر الطلبه ذكره في
الغنيه ولو كان له ابنان احدهما مكثر والاخر مع اليسار غير
مكثر فالنفقه عليهما لكن على المكثر اكثر هكذا ذكره الخصاف
في ادب القاضي وفي نفقاته وذكر محمد في المبسوط انها عليهما
بالسوا وكذا ذكره ابن حزم ولم يحك خلافا وذكر الحلواني
عن بعض الاصحاب هذا اذا كان التفاوت بينهما يسيرا وان
كان فاحشا يجب ان يتفاوتا في النفقه قوله قال
ويجب ذلك على مقدار الميراث اذا كان من يجب عليه ممن يرث

ويجبر عليه لان الغرم بالغنم والجبر لانه حق مستحق عليه مثاله
اذا كان له اخ واخت لابوين اولاب يجب نفقته عليهما اثلاثا ولو
كانا لام يجب عليهما نصفين كارثهما ولو كان له اخ لاب وام او لاب
وله ام يجب اثلاثا وان كان الاخ لام يجب اثلاثا الثلثان على الام وفي
الام والعم اثلاث اذا كان العم لاب وام او لاب وكذا مع الام وابن
الاخ لاب وام او لاب ولو كان له اخ لاب وام واخ او اخت لام
فالنفقة عليهما اسداسا وكذا في الجد والجدة وكذا في الابن والام
وبه قال ابن حنبل وفي العم والعمة والخال يجب على العم خاصة
لانه الوارث فترجح به فان كان العم معسرا يجب على العمة والخال
اثلاثا ثلثاها على العمة ويجعل العم المعسر كالميت وفي معسر له
ولد معسر واخ شقيق واخ لام فنفقته عليهما اسداسا ونفقة
ولد على اخيه شقيقه دون اخيه لام والابن يحرز جميع المال فيجعل
كالميت ولو كان مكان الابن بنت فنفقته في الاخوة المتفرقين على
اخيه لابيه وامه لان اخاه لابيه او لامه لا ميراث لهما معه وفي
الاخوات المتفرقات على اخته لابيه لا غير لان البنت لا تحرز
جميع المال فلا يجعل كالميت فكان الوارث معها الاخ لاب وام
لا غير والاخت لاب وام لا غير لان الاخ والاخت لام لا يرثان مع
البنت والاخ لاب لا يرث مع الاخ لاب وام والاخت لاب لا ترث
مع البنت اذا كان معها اخت لاب وام قال وتجب نفقة
الابنة البالغة والابن البالغ الزمن على ابويه اثلاثا ثلثاها على
الاب وثلثها على الام كالميراث هذا رواية الحسن والخصاف

وفي ظاهر الرواية يجب كلها على الاب وهو رواية المبسوط اعتبارا
بالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه قد اجتمع
للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجب عليه صدقة فطره واضحيته
فاختص بنفقته دون امه ولا كذلك الكبير لعدم الولاية فتشاركه
الام وفي غير الولد يعتبر الارث حتى كانت نفقة الصغير على الام والجد
اثلاثا وهو قول ابن حنبل وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة على الجد
وحده لانه كالاب عنده حتى حجب الاخوة في الميراث عنده وهذه
الرواية توافق اصله وبه قال الشافعي وفي الابن المعسر والاخ
الموسر يجب على الاخ عندنا قال ابن حنبل لا شيء عليهما لان الاخ
محجوب بالابن وفي البنت وابن الابن على البنت للقرب عندنا ذكره
في المغني والناصحي وعندهم نصفان وفي المغني في البنت وابن البنت
على البنت عندنا وهو قول ابن حنبل وفي احد الوجهين للشافعية على
ابن البنت لانه ذكر وفي الجدة والاخ لاب اسداسا وان كان لام فنصفان
وعند الشافعي على الجدة خاصة ونفقة المعسر على الاخوات المتفرقات
اخماسا وان كان معهن ابن فلا شيء عليه لعدم الارث ولعدم المحرمية وعلى
الاخت الشقيقة ثلثة اخماسها وعلى الاخت لاب خمسها وعلى الاخت
لاب خمسها وعلى الاخت لام خمسها كالميراث ولو كانوا اخوة متفرقين
يجب على الاخ لابوين والاخ لام اسداسا ولا شيء على الاخ لاب وفي
المغني ان اجتمع بنت واخت او بنت واخ او بنت وعصبة او اخت وعصبة
او اخت وام او بنت وبنت ابن او اخت لابوين واخت لاب او ام او له
اخوات متفرقات فالنفقة عليهم على قدر الميراث وفي ام الام وام الاب

عليهما بالسويه وفي ابي الام وام الام على ام الام لان ابا الام ليس عصبه
ولا صاحب فرض وفي ابوي اب السدس على امه والباقي على ابيه
كالارث وان اجتمع جد واخ وام فالنفقه بينهم اثلاث وعند الشافعي
على الجد انتهى كلام صاحب المغني والمعتبر عندنا في ذلك اهليه
الارث في الجمله لا الاحراز خلافا لابن حنبل والظاهريه حتى لو كان
له خال او خاله وابن عم فنفقته على الخال او الخاله دون ابن عمه وميراثه
لابن عمه وعند ابن حنبل لا شي على الخال او الخاله لعدم الارث بالفرض
او التعصيب ولا على العمه عندنا وفي البدايع له عمه وخاله او خال
وابن عم فنفقته على العمه والخاله او الخال الثلثان على العمه والثلث
على الخاله او الخال ولا شي على ابن العم وميراثه له ولا تجب نفقتهم
مع اختلاف الدين لبطلان اهليه الارث وهي معتبره في ذوي الارحام
بخلاف من له ابنان موسران احدهما مسلم والاخر نصراني فنفقته
عليهما نصفان ومثله الابن والبنت نصفان لان الارث غير
معتبر في ذلك وفي البنت والاخ على البنت خاصه والميراث
بينهما نصفان ذكره الشهيد مسلم له ابن نصراني واخ مسلم
نفقته على ابنه وان لم يرثه وكذا له بنت واخت تجب نفقته على
البنت ذكره الناصحي في ادب القاضي ولا يجبر على نفقه امراه
ابيه اذا لم يكن اما له ولا على نفقه ام ولده لانه لا قرابه بينهما
الا ان يكون بالاب عله فيجبر على نفقه من يخدمه كانت امراته او
ام ولده وفي الجواهر يجبر على نفقه امراه ابيه وقيل لا يجبر
وبه قال داود الظاهري رجل له بنت بنت او ابن بنت

او ولد ابن او كانوا اولاد بنات فهم سواء والنفقه عليهم دون
الاخ والعم للولاد ولو قال الابن انا فقير لم يجبر على نفقه ابيه
فان قال الاب هو يكتسب ما ينفق علي منه نظر القاضي في
كسبه فان كان فيه فضل عن قوته اجبره قال ابو بكر الرازي
الاصل ان الابن ان كان فقيرا لا يجبر ان يكتسب وينفق على ابيه لكنه
لو اكتسب وفضل منه عن قوته يومه يؤمر بالانفاق عليه وهو خلاف
ما ذكره الخصاف والمذهب هو الذي ذكره الخصاف وقد ذكرناه
قبل هذا وقال ابو علي السمرقندي اذا لم يكن في كسبه فضل لا
يفرض عليه ولكن يقال للاب كل مع ابنك اذا كان بدنهما جميعا
يعني بتلك النفقه فان قال الاب ابني كسوب يترك العمل كيلا
يفضل ما يعطيني نظر القاضي واجبره على النفقه قال ولو كان
للمراه منزل تسكنه وخادم ولها ذو رحم محرم يكتسب ما يفضل عنه
وعن عياله فطالبته بالنفقه اجبر عليها هكذا ذكره محمد ولم يرو
عن احد خلافه وقيل يقول لها القاضي بيعي دارك واسكني
بالكري وانفقي ثمنها عليك قال ابو بكر والى هذا ذهب الخصاف
وفي البدايع من كان له دار هل تجب نفقته على غيره فيه روايتان
احداهما لا تجب لغناه بها ويمكنه ان يبيع بعضها او كلها ويسكن
بالكري والثانيه تجب قال هو الصواب ولا يؤمر ببيع منزله
والسكني بالكري ولهذا ياخذ الزكاه ولا تجب على الاب نفقه زوجه
ابنه الصغير الفقير الا ان يضمن ذكره في جوامع الفقه وفي خزانه
الاكمل فقير لا يقدر على حرفه لا يجبر على نفقه الام والبنت الكبيره

وتجبر على نفقة الزوجة والولد الصغير والاب الزمن وقال ابو يوسف
لا يجبر على النفقة من يملك مايتي درهم الا درهما وعن محمد انه قدره بما
يفضل عن نفقته ونفقة عياله شهرا او بما يفضل عن ذلك كل يوم
من كسبه الدايم ولا معنى لتقدير النصاب لانه للتيسير قال
والفتوى على الاول والنصاب نصاب حرمان الصدقة دون نصاب
الزكاة وقد عرف ونصاب الزكاة رواية ابن سماعة عن ابي يوسف
نصاب حرمان الصدقة ذكره في الذخيرة ومن لا مال له وله كسب
كل يوم ينفق ما يفضل منه على من ذكرناه وفي قنية المنية له عم
وابو الام موسران يجب نفقته على ابي الام والميراث للعم ولو كان
له ام وابو ام فعلى الام وفيه اشكال قوي لانه ذكر فيه اذا
كان له ام وعم فالنفقة عليهما اثلاثا فلم يجعل الام اقرب من
العم وجعل في المسلة المتقدمة ابا الام اقرب من العم ولزم منه
ان يكون النفقة على ابي الام مع الام ومع هذا اوجبها على الام ويتفرع
من هذه الجملة فرع اشكل الجواب فيه وهو اذا كان له ام
وعم وابو الام يحتمل ان يجب على الام لا غير لان ابا الام لما كان اولى
من العم والام اولى من ابي الام كانت الام اولى من العم ضرورة لكن
يترك جواب الكتاب ويحتمل ان يكون على الام والعم اثلاثا وقد تقدم
هذا وفي شرح التكملة للمعسر اب وابن ابن فنفقته على الاب
للقرب وفي الجد وابن الابن على قدر الميراث عليهما وكذا في الذخيرة
وفيه له بنت بنت او ابن بنت واخ لاب وام فالنفقة على ولد البنت
والميراث للاخ والمعتبر الجزئية وان سفلت وولد الابن والبنت سوا

زينة ذكره في المجتبى وفي الروضة الاثمد حرام على البيضا
دون السودا والكحل الاصفر وهو الصبر حرام على السوداء
دون البيضا والصحيح هما سوا في التحريم فيهما والكحل الابيض
وهو التوتيا ونحوها فلا يحرم اذ لا زينة فيه وقيل يحرم
على البيضا وفي احكام ابن شداد ورخص كثير من العلما في
الكحل للضرورة منهم سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار وعطا
والنخعي ومالك واصحابه واهل الكوفة وقال الشافعي
تكتحل ليلا وتمسحه نهارا وفي الروضة ويجوز ايضا بالنهار
للضرورة وكذا الدمام وهو ان تطلي حوالي عينيها بالصبر وفيه
زينة ولا يجوز من غير ضرورة قال الجوهري هو بالكسر
دوا تطلى به جبهة الصبي وظاهر عينيه وفي الينابيع ان
اشتكت راسها فلا باس بان تصب عليه الدهن وفي المحيط
لو اكتحلت او ادهنت لدفع اذى يجوز وللزينة لا يجوز وفي
المستصفى انما يحرم الاكتحال للتزين والتحسن فان لم يكن
لذلك فلا باس به والمسلة السادسة لا تمتشط
بالاسنان الضيقة وانما تمتشط بالاسنان الواسعة المتباعدة
الاسنان هكذا في المبسوط والمحيط والينابيع هذا مذهبنا وعند
الايمة الثلثة يجوز الامتشاط مطلقا وقد ورد في الحديث ولنا
ان الاسنان المتباعدة لدفع الاذى والمتقاربة الضيقة لتحسين
الشعر والزينة والحديث ان ثبت محمول عليها وعندهم يدخل الحمام
وتغسل راسها بالسدر والخطمي والطفل واي رسه للشعر اشطم

من السدر والخطمي وفي النسائي ولا تمتشط فيحمل على ما ذكرناه
توفيقا بينهما والمسئله السابعه اجمعوا على منع الادهان
المطيبه كدهن الورد والبنفسج والبان والياسمين واختلفوا
في غير المطيب كالزيت البحت والشيرج البحت والسمن
فمنع من ذلك اصحابنا من غير ضروره لانه يزين الشعر ويحسنه
وفي الروضه والدهن حرام وان لم يكن فيه طيب كالزيت
والشيرج والسمن ويجوز لها دهن البدن بذلك وقال
ملك وابن حنبل والظاهريه تدهن بالزيت والشيرج غير المطيب
بريحان وفي المحلى قال الشافعي تجتنب الدهن كله الزيت وغيره
قلت في البدن ممنوع كما ذكره صاحب الروضه
والمسئله الثامنه العصب مكروه عندنا وبه قال الشافعي
رقيقه وغليظه وقال ملك يحرم رقيقه دون غليظه وصح عن
الزهري كراهه العصب والحلي والطيب واختلفت الحنابله
فيه وفي تفسيره واباحه الظاهريه بحديث ام عطيه رضي الله
عنها ان النبي عليه السلام قال لا تحد المراه فوق ثلث الا
على زوج فانها تحد عليه اربعه اشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا
مصبوغا الا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيبا الا
ادنى طهرتها اذا طهرت من حيضها بنبذه من قسط واظفار
قال يعقوب وهو الدورقي مكان عصب الا مغسولا
وزاد يعقوب ولا تختضب اخرجه البخاري ومسلم وابو داود
والنسائي وابن ماجه قال ابن حزم العصب ثياب موشاه

تعمل في اليمن وفي الصحاح هو ضرب من برود اليمن تنسج ابيض
ثم تصبغ بعد ذلك وفي المبسوط الاصح ان العصب القصب
وقال المنذري هي برود يمنيه يعصب غزلها اي يجمع
ويشد ثم يصبغ بعد ذلك وينسج وفي المغني الصحيح ان
العصب نبت يصبغ به الثياب قال صاحب الروض
الانف العصب والورس نبتان ينبتان باليمن ورخص رسول الله
صلى الله عليه وسلم للحاد في لبسه لانه في معنى ما صبغ لغير
الزينه والتحسين وما صبغ للزينه فلا معنى لتجويز لبسه
وام عطيه اسمها نسيبه بنت الحرث صحابيه وكانت
تغزو كثيرا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم والقسط بضم
القاف عود يتبخر به والاظفار جنس من الطيب لا واحد له
من لفظه وقيل واحده ظفر وقيل عطر اسود والقطعه منه
شبيهه بالظفر ويروى من قسط او اظفار ورخص للمراه في
طهرها والمسئله التاسعه اباح لها الايمه الاربعه
واصحابهم لبس السواد اذ لا يقصد به الزينه وفي الروضه
لبس الاسود والكحلي ابلغ في الحداد وفي وجه يلزمها لبس
السواد في الحداد وقالت الظاهريه تجتنب فرضا كل ثوب
مصبوغ في الراس والجسد بالسواد والخضره والحمره وغيرها
الا العصب اخذوا بعموم حديث ام عطيه ذكره ابن حزم
في المحلى لكن في حديث ام سلمه لا تلبس المعصفر من الثياب
ولا الممشقه ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل رواه احمد وابو داود

والنساى والمشق المغرة يصبغ به الاحمر والمغرة بسكون
الغين المعجمه وقد يحرك هى الطين الاحمر وقد تقدم فى باب
والمسله العاشره ذكرها ابن ابى زيد فى النوادر لا تحضر
المعتده عمل الطيب ولا تتجر به ولا تبيعه وان لم يكن لها كسب
الا فيه ولم يوافق عليه والمسله الحاديه عشره فى النوادر
قال سحنون لا يحل الاحداد لمن مات ابوها او ابنها او اخوها
وانما هو فى الزوج خاصه قلت لم يرد ذلك الا فيما
زاد على ثلث ليال قال ابن المنذر فى الحديث دليل على اباحه
الاحداد للمسلمات على غير ازواجهن ثلثه ايام وقال ابن حزم
فى المحلى هو مباح ثلثه ايام ولم يحك خلافا وفى المنهاج ولها
الاحداد على غير زوج ثلثه ايام ويحرم الزياده والمسله
الثانيه عشره قال على ان كانت عده المتوفى عنها زوجها بوضع
فلا بد لها من الاحداد اربعة اشهر وعشرا ولا يوجبه عليها بعد
ذلك اذا تاخر وضع حملها اذ النصوص جاءت بها فقط وقد صح
حديث سبيعه الاسلميه انها وضعت لليال بعد موته وتشوفت
للخطاب ولم ينكر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وخرق
الاجماع فى ذلك وكيف تتزين للخطاب وهى حامل من زوجها المتوفى
عنها والمسله الثالثه عشره فيها زيادة غلو للظاهريه
وهى ان المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا لا احداد عليها لان
النص ورد بالشهور ويرده روايه عمرو بن شعيب انه عليه السلام
رخص للمراه ان تحد على زوجها حتى تنقضى عدتها ذكره ابن المنذر

والمسله الرابعة عشره ذهب مالك الى اباحه الحرير
الاسود لها ولبس الحلى حرام اذا لم يكن عن ضروره والحرير حلى
وزينه فهو ممنوع بالنص الذى ذكرناه قبل هذا وهو مذكور
فى نوادر ابن ابى زيد من المالكيه ويجوز لبس الحرير لدفع القمل
والحكه وبعض الامراض للحاجه دون قصد التزين بذلك
والمسله الخامسه عشره عن عمرو بن شعيب ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم رخص للمراه ان تحد على زوجها حتى تنقضى
عدتها وعلى ابيها سبعه ايام وعلى من سواه ثلاثة ايام ذكره
ابن المنذر وهو يرد مذهب مالك وهذه المسايل كلها على اختلاف
بين العلما قوله وعلى الامة الاحداد اذا كانت
منكوحة فى الوفاه والطلاق البائن وكذا المدبره وام الولد والمكاتبه
والمستسعاة لفوات نعمة النكاح وهى مخاطبه بحقوق الله تعالى
كالصلاه والصوم اذا لم يكن فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع
من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته فى
غير فرايض الاعيان وقد تقدم فى الحج وقد اوردوا هنا سوالا
فقالوا لو وجب الاحداد للتاسف على فوت نعمه النكاح لوجب
بعد شرا منكوحته لزوال النكاح بالشرا اجابوا بان حل
ملك اليمين ينوب عنه فلم يفت الحل والنعمه من كل وجه ولقايل
ان يقول هذا الحل دون حل النكاح لانه كان سببا لثبوت نسب
ولدها بلا دعوه وهذا الحل لا يثبت به الا بدعوها فلا ينوب
الادنى عن الاعلى ووجدت بخط الشيخ بدر الدين الدمشقى

رحمه الله حاشيه على الكتاب صورتها قلت وهذا السوال
ليس بشي لان الحداد يجب بعد شرايها كالعده لكنه لم يظهر لكونها
حلالا للمولى المشتري حتى لو اعتقها ظهر في الحيضه الثالثه
هكذا في المبسوط تجب العده والحداد استحسانا وفي القياس
لا ولا احداد وفي المغني والحره والامه فيه سوا اذا كانت
زوجه ولم يذكر خلافا وهو قول مالك والشافعي وتجتنب
النقاب كالمحرمه ولم اقف على تحريم النقاب عليها لغير الحنابله
وهي السادسه عشره من مسايل الخلاف وليس في عدة
ام الولد اذا مات سيدها او اعتقها حداد ولا في النكاح
الفاسد ولا في الوطي بالشبهه بعد التفريق حداد قال
ابن المنذر لا اعلم انهم يختلفون فيه لعدم الزوجيه ولهذا
لا يقع الطلاق في هذه المسايل وفي الاشراف قال ابن
المنذر روينا عن ابن عمر وعايشه وسعيد بن المسيب انهم
نهوا الحادة عن لبس الحلي كله وقد تقدم بعض ذلك وكان
عطا لا يكره الفضه اذا كانت عليها حين مات وان لم تكن
لا تبتدي لبسه وهي السابعه عشره من مسايل الخلاف
ورخص عطا ان تمتشط بالحنا والكتم وخالفه الناس في ذلك
وهي الثامنه عشره من مسايل الخلاف ولا ينبغي ان تخطب
المعتده ولا باس بالتعريض في الخطبه واجمعوا على منع التعريض
في الرجعيه وكذا في الباين عندنا لاجل مطلقها وانما التعريض
في المتوفى عنها زوجها وفي المنهاج للنووي لا تعريض لرجعيه

ويحل في عدة الوفاه وكذا في الباين في الاظهر فالحقها بالمتوفى
عنها زوجها هنا ولم يلحقها بها في الحداد في الاظهر ولا جناح
عليكم فيما عرضتم به من خطبه النسا الى ان قال ولكن لا
تواعدوهن سرا او السر الوطي لانه يفعل سرا وسمي النكاح
الذي هو العقد سرا لانه سبب السر الذي هو الوطي وعن
ابن عباس التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وقال سعيد
ابن جبير القول المعروف ان يقول اني فيك لراغب واني اريد
ان نجتمع وفي البدايع التعريض جايز في عدة الوفاه ولا
يجوز في عدة الطلاق لافضايه الى عداوة المطلق وفي الينابيع
يعرفها بالدلايل والقراين انه راغب فيها بعد انقضا عدتها
وذلك ان يقول اني اريد ان اتزوج او انا راغب فيك او اني
فيك لراغب او اني اريد ان اتزوج امراه ويصفها بصفات
هي موجوده فيها او اني لارجو ان نجتمع مسله تقدمت
تقدمت في الحداد وهي ان الحسن والشعبي والحكم بن عتيبه
ذهبوا الى انه لا احداد على المتوفى عنها زوجها واحتج اهل
هذه المقاله بان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لامراه
جعفر بن ابي طالب اذا كان ثلثه ايام فالبسي ما شيت او اذا
كان بعد ثلثه ايام شك شعبه وهو من روايه عبد الله بن شداد
ولم يسمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يلزم الاخذ به
بالمرسل ان ياخذوا بهذا لان قتل جعفر بعد موت ابي سلمه بسنتين
فيكون ناسخا له وقال الطحاوي كان الحداد في بعض العدد كالتي

حديث اسما بنت عميس زوجة جعفر فنسخ بحديث ام سلمه وغيرها
فجعل في كل العدة وهو وهم منه فان حديث امراة جعفر متاخر
كما ذكره ابن حزم وفي المغني المعتدة لا تحمر وجهها بالحمرة
ولا تبيضه باسبيداج العرايس ولا تجعل عليه صبرا يصفره
ولا تنقش وجهها ولا تحففه لان ذلك كله زينة وفي الروضة
للنووي يجوز التزين في الفرش والبسط والستور واثاث
البيت وانما الحداد في البدن ويجوز لها التنظف بغسل الراس
والامتشاط ودخول الحمام وقلم الاظفار والاستحداد وازالة
الاوساخ وقد ورد عنه عليه السلام انه قال تجتنب الطيب
الا نبذة من قسط او اظفار عند طهرها والنبذة القليل بضم
النون بمعنى القطعة من ذلك يطرح للبخور في النار وليس القسط
بطيب وانما هو لقطع الروائح الزفره والنظافه يقال ذهب ماله
وبقي نبذ منه وبارض كذا نبذ من كلاء وفي راسه نبذ من الشيب
واصاب ارضنا نبذ من المطر اي شي يسير ذكره المنذري وروى
الحديث البخاري والنساي وابو داود بمعناه قوله
ولا يجوز للمطلقه الرجعيه والمبتوته الخروج من بيتها ليلا ولا
نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت
الا في منزلها وفي المحيط لا باس بان تبيت في غير منزلها اقل
من نصف الليل لان البيتوته عبارة عن الكون في المكان اكثر الليل
في الغرف ولا تخرج الى صحن دار فيها منازل لانه بمنزلة السكة
ولهذا لو اخرج السارق المتاع اليه قطع وفي المبسوط المعتده

تخرج الى صحن الدار ولا تصير به خارجة من الدار كالزوجة
وتبيت في اي بيت شاءت منها الا ان يكون في الدار منازل
لغيره فحينئذ لا تخرج الى تلك المنازل ولا الى صحن الدار لانه
لانه بمنزلة السكة فتصير بالوصول اليه خارجة من منزله
وفي المحيط والصبية تخرج الا في الرجعي الا باذن الزوج
كالكتابية تخرج الا اذا منعها الزوج صونا لولده وتبيت
في غير منزلها والمجنونه والمعتوهه تخرج كالكتابيه ولو طلقها
والبيت واحد يجعل بينهما سترة وكذا في الوفاة ان كان له
اولاد كبار من غيرها فان لم يجعلوها تنتقل ولو انهدم البيت
في الوفاة تنتقل الى حيث شاءت وبه قال ابن حنبل وقال
الشافعي الى اقرب المواضع اليه كنقل الزكاة وفي الطلاق الى
حيث شاء هو لان الاسكان فيه حقه ولها التحول ان اخرجها اهل
المنزل او الورثه وكذا ان خافت على نفسها او مالها وليس معها
رجل لانها مضطرة وان كان المطلق غايبا وطلب صاحب المنزل
الاجرة اعطته باذن القاضي وترجع بها عليه ويلزمها ان تفعل
ما تتوصل به الى حق الشرع وفي المبسوط ليس للزوج منع الصبيه
من الخروج لانه لا يتوهم منها العلوق قالوا الا ان تكون مراهقة
فتكون كالكتابيه وفي عدة الوفاة اجرة المنزل عليها الا ان لا
تجد متحولا فان كفاها نصيبها من منزله سكنت فيه في العدة
وان لم يكفها ورضيت الورثه بسكناها فيه لزمها السكنى
فيه والا تحولت للعذر ولو كانت في السواد فخافت من سلطان

او غيره انتقلت الى المصر وفى المبتة والغايب اختيار المنزل اليها
اذا تعذر المنزل الاول ولا ينبغى للمعتده ان تحج او تسافر مع
محرم او غيره واذا انتقلت لا تخرج من المكان الذى انتقلت
اليه لان الخروج كان لضروره فنزل المسكن الثانى منزلة الاول
وذكر ابن سماعه عن محمد ان المتوفى عنها زوجها تبيت فى غير
منزلها اقل من نصف الليل قالوا وهذا صحيح وفى المحيط لم
تعز ذلك الى محمد وحده وفى التحفه جعله قول محمد كروايه
ابن سماعه عنه ثم منزلها الذى تعتد فيه هو المكان الذى كانت
تسكن فيه قبل الطلاق او الموت سوآ كان الزوج ساكنا
فيه ام لا حتى لو زارت اهلها فطلقها او مات عنها فانها تعود
اليه واوجب السكنى على المتوفى عنها زوجها عمر بن الخطاب
وعثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود وابن عمر وام سلمه وبه
يقول ابن المسيب والقسم بن محمد والاوزاعى والثورى وملك والشافعى
وابن حنبل واسحق بن راهويه وابو عبيد قال ابو عمر بن
عبد البر وهو قول جماعه فقها الامصار بالعراق والحجاز
والشام ومصر وروى عن على بن ابى طالب وعبد الله بن عباس
وجابر وعايشه انها تعتد حيث شات وهو قول الحسن
وعطا والظاهريه قال ابن حزم فى المحلى تعتد المتوفى عنها
زوجها والمبتوته ومن اختارت نفسها والمعتقه حيث احببن
ولا سكنى لهن لا على المطلق ولا على ورثه الميت ولهن ان يحججن فى
عدتهن ويخرجن الى حيث شئن والمطلقه الرجعيه لا تخرج فى

عدتها بمسكن ابن حزم بحديث فاطمه بنت قيس وسياتى تمام
الكلام عليه وعن ابن جريج قال اخبرنى ابو الزبير المكى انه سمع
جابر بن عبد الله يقول طلقت خالتى فارادت ان تجد نخلها
فزجرها رجل ان تخرج فاتت النبى عليه السلام فقال لها بلى فجدى
نخلك فانك عسى ان تصدقى او تفعلى معروفا قال ابن
حزم فهذا فى غايه الصحة وقد سمعه ابو الزبير منه رواه مسلم
وغيره قلت ابو الزبير مدلس فاذا حدث بالسماع كان
حجه وعن عايشه ام المومنين انها حجت باختها ام كلثوم امراه
طلحه بن عبيد الله لما قتل فى عدتها فى الفتنه وفى فتوى عثمان
المختلعه مثله قال فالمنزل لا يخلو اما ان يكون ملك الميت
ملك غيره وهو بكرى او عاريه وقد بطل العقد بموته فلا تحل
سكناه الا باذن مالكه وهذا برهان قاطع وما عداه ظن لا حجه
فيه ولعامه اهل العلم ما رواه سعد بن اسحق عن عمته
زينب بنت كعب بن عجره عن فريعه بنت ملك بن سنان
وهى اخت ابى سعيد الخدرى انها جات رسول الله صلى الله
عليه وسلم تساله ان ترجع الى اهلها فى بنى خدره وان زوجها
خرج فى طلب اعبد له ابقوا حتى اذا كان بطرف القدوم لحقهم
فقتلوه قالت فسالت رسول الله ان ارجع الى اهلى فان زوجى
لم يترك لى مسكنا يملكه ولا نفقه قالت فقال رسول الله
نعم قالت فانصرفت حتى اذا كنت فى الحجره او فى المسجد نادانى
رسول الله صلى الله عليه وسلم او امر بى فنوديت له فقال

كيف قلت قالت فرددت عليه القصة التي ذكرت له من
شأن زوجي قال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله قالت
فاعتددت فيه اربعة اشهر وعشرا قالت فلما كان عثمان
ارسل الي فسألني عن ذلك فاخبرته فاتبعه وقضى به رواه
ملك في الموطا والامام احمد وابو داود والنسائي وابن ماجه
والطحاوي وابو بكر الرازي والاثرم والترمذي وهذا لفظه
وقال حديث حسن صحيح ولم يذكر النسائي ارسال عثمان
رضي الله عنه قال ابو بكر بن المنذر في الاشراف وثبت
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لفريعة بنت ملك
ابن سنان امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وعن مجاهد
انه استشهد رجال يوم احد فجاء نساؤهم رسول الله صلى الله
عليه وسلم وقلن يا رسول الله نستوحش بالليل افنبيت عند
احدانا فاذا اصبحنا بادرنا الى بيوتنا فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم تحدثن عند احداكن فاذا اردتن النوم فلتؤب
كل واحدة الى بيتها ولفظه حتى اذا اردتن النوم الى اخره ذكره
ابن حزم ولم يعلل الا بارساله لان مجاهدا لم يدرك رسول الله
ويوم احد وهو تابعي كبير وعن ابن مسعود ان نسوة قتل
ازواجهن من همدان فقال بالنهار وبتن في بيوتهن
ذكره ابن ابي شيبة واعترض ابن حزم على حديث فريعة
المذكور بانه من طريق زينب بنت كعب بن عجرة وهي مجهولة
لا تعرف ولا روى عنها غير سعد بن اسحق بن كعب وهو غير

مشهور بالعدالة ولم يوجد عند احد سواه فسفيان يقول
سعيد وملك وغيره يقول سعد والزهري يقول عن ابن كعب
فبطل الاحتجاج به قلت لا يلتفت الى طعن ابن حزم
بعد ان حكم الترمذي بصحته فانه لا يصححه ولا يحسنه اذا كان
الحديث عن مجهول وقول ابن المنذر وثبت دليل صحته
ايضا فانه لا يقول ثبت الا في الحديث الصحيح الذي لا نزاع في
صحته ولان من حكم بصحته عنده زيادة علم ليست عند من
قال هي مجهولة فانه لم يعلم حالها وجهل من جهل لا يعارض علم
من علم وابن حزم رجل سفيه بلا تردد فيه كيف يجعل قول
عمر وعثمان وابن مسعود وابن عمر وغيرهم من اعلام الصحابة
وساداتهم ظلما لا خفاء فيه وقال ملك المتوفى عنها زوجها
اذا سافرت ترد من يومين وان تباعدت لا ترد وليس عليها
من المبيت حيث تسكن مثل ما عليها في بيت زوجها وقال
السكنى لكل مطلقة ذكر ذلك كله عنه الصفاقسي في شرح البخاري
وفي المغني لو اتاها خبر وفاته في غير منزله رجعت اليه فاعتدت
فيه وقال سعيد بن المسيب والنخعي لا تبرح من مكانها الذي
اتاها نعي زوجها وهو متروك فانه لا يلزمها الاعتداد في السوق
والطريق والبرية او على ظهر جمل او حمار اذا اتاها الخبر وهي على تلك
الحال وفي الجامع الصغير لقاضي خان لا تخرج المطلقة ليلا ولا
نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا ولا تخرج ليلا قال الله
تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن والمطلقة فلا تخرج نهارا

حديث الفريعة بنت ملك بن
سنان قال الحاكم
[illegible] الاسناد
حديث صحيح [illegible]
وعن محمد بن يحيى
انه حديث صحيح

كالمتوفى عنها زوجها لتحصيل قوتها وقيل لا تخرج لرضاها بسقوط
نفقتها اذا كانت اختلعت عليها وهو الصحيح ولو اختلعت
على ان لا سكنى لها تسقط مؤنة السكنى عن المطلق وعليها ان
تستاجر منه منزله الذي كانا يسكنان فيه قبل الطلاق ولا
يباح لها الخروج من بيت العدة فان كان فاسقا تخرج من منزله
وتسكن منزلا غيره ثم لا تخرج منه والاولى ان يخرج هو ويتركها
فيه فان احيل بينهما بامينة تقدر على الحيلولة ولا تضيق المنزل
عليها كان حسنا وهكذا في الكتاب وعن عبد الله بن مسعود
رضي الله عنه ان رجلا طلق امراته ثلثا قال وتريد ان تخرج فقال
له احبسها قال لا تجلس قال قيدها قال ان لها اخوة غليظة رقابهم
قال استعد الامير وطلق يحيى بن سعيد بن العاص امراته بنت
عبد الرحمن بن الحكم فانطلقت الى اهلها فارسلت عائشة رضي الله
عنها وعن ابيها الى مروان اتق الله ورد المراه الى بيتها فقال مروان
ان عبد الرحمن غلبني وعن يحيى بن سعيد ان امراه طلقت بالمدينة
فسيل نقلها اهل المدينة فقالوا تمكث في بيتها ذكر ذلك كله
ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه ومثله عن ابرهيم وسعيد بن
المسيب والقاسم وسالم وابي بكر بن عبد الرحمن وخارجة وسليمان
ابن يسار والزهري واختاره ابن المنذر وفي المغني المتوفاة
الحامل لها السكنى قال ولا نعلم فيه خلافا وفيه خلاف الظاهرية
وان لم تكن حاملا فكذلك في رواية وهو قول عمر وابن مسعود
وابن عمر وعائشة وفقهاء المدينة والثوري ومالك والشافعي

مع اصحابنا وفي رواية عن ابن حنبل لا يجب لها السكنى وهو قول
ابن عباس وجابر وبه يقول عطا وطاوس وعمرو بن ميمون وعكرمه
وداود الظاهري على ما ياتي تمامه في النفقات ان شا الله تعالى
واجاب الحافظ ابو جعفر الطحاوي عن حديث جابر بن عبد الله
في اذنه عليه السلام لخالته المبتوته ان تخرج لجداد نخلها فقال
حدثنا روح بن الفرج قال حدثنا عبد الله بن محمد الفهمي قال اخبرنا
ابن لهيعة عن ابي الزبير عن جابر بن عبد الله قال المطلقة والمتوفى
عنها زوجها لا تخرجان من بيوتهما حتى يوفيا اجلهما فقد قال
جابر بخلاف ما روي عن خالته في الخروج لجداد نخلها في عدتها
يدل على ثبوت نسخ ذلك عنده قلت ما انصف الحافظ
ابو جعفر في هذا كيف تعارض حديث الجداد الثابت في صحيح مسلم
بما رواه ابن لهيعة الضعيف بالاتفاق عن ابي الزبير المدلس
عن جابر بن عبد الله ولا يجوز نسخ الصحيح بغير صحيح واما خروج
عائشة باختها ام كلثوم لما قتل زوجها طلحة بن عبيد الله في ايام
الفتنة فكان ذلك للضرورة والخوف عليها من الفتنة وهو مبيح
لخروجها في العدة فلا حجة فيه وقد خالفها في ذلك كبار الصحابة
كما تقدم وفي قاضي خان تخرج الامة في عدتها في الرجعي والباين لحق
المولى وكذا المكاتبة للاكتساب والمدبرة وام الولد والمسلمه
لا تخرج في الباين وان اذن لها الزوج فيه لان العدة حق الزوج
والشرع قوله واذا خرجت المراه مع زوجها الى
مكة شرفها الله تعالى فطلقها ثلثا او واحدة باينة او مات عنها

فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلثه ايام رجعت الى مصرها
وان كانت ثلثه ايام وكذا الى مقصدها ان شاءت رجعت وان
شاءت مضت كان معها محرم اولم يكن لان المكث فيه اضر من
الخروج الا ان الرجوع الى منزله اولى للاعتداد فيه قال محمد
الا ان يكون طلاقها او موته في مصر او قريه فانها لا تخرج
حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم الا ان يكون اقل من مده
السفر فانها تخرج بغير محرم وان كانت في مصر وقالا ان كان
معها محرم فلا باس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد وفي قاضي خان
طلقها او مات عنها في غير مصر فان كان الى مقصدها مسيره
سفر والى مصرها اقل رجعت سوا كان في المصر او في المفازه
معها محرم او لم يكن وان لم يكن كل واحد منهما مسيره سفر
خيرت سوا كان في المصر او المفازه كان معها محرم او لا والرجوع
اولى وان كان الى مصرها مسيره سفر والى مقصدها اقل اختارت
الاقل لانه ليس بسفر وان كان كل واحد منهما من سفر وهي في
المنازل خيرت ايضا لان الخوف في المنازل اشد من السفر وان
كان في مصر لا تخرج حتى تنقضي عدتها ثم تخرج بمحرم او زوج وقالا
تخرج بمحرم في العده ايضا وان كان الطلاق رجعيا لا تفارقهما
ان بنفس الخروج رخصه في العده في حقها دفعا لاذى الغربه
ووحشه الوحده وانما الحرمه في انشا السفر وترتفع بالمحرم
وله ان العده في الاصل امنع للخروج من عدم المحرم فان للمراه
ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتده في غير مسئلة

الكتاب ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير محرم ففي العده
اولى وان كان بمحرم وهذا لان الخروج الى ما دون السفر لا يعد
خروجا لما ذكرنا ولما يخاف عليها في المقام من الفسقه ولم يظهر
الحرمه فيه ولا يمكن ذلك في مسيره السفر لان الشرع اعتبرها
خروجا وعلق بها احكام الخروج وظهرت حرمه العده فلا
ترتفع بالمحرم وفي المغني رجعت ان كانت قريبه لانها في حكم الاقامه
وان كانت بعيده مضت في سفرها وقال مالك ترد ما لم تحرم
وحد القاضي القريب بما لا تقصر فيه الصلاه وفي المنهاج لو وجبت
العده في سفر حج او تجاره فلها الرجوع او المضي فان مضت اقامت
لقضا حاجتها ثم يجب الرجوع لتعتد في مسكنه بقيه العده وفي
المغني قال الشافعي ان فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع
والمضي لنا ما روى سعيد بن المسيب ان عمر ردهن من ذي الحليفه
حتى يعتددن في بيوتهن ولا تخرج في العده الى حجه الاسلام
وان فاتها الحج ولو وجبت العده بعد احرامها لزمها المقام
وان فاتها الحج لحرمه انشا السفر في حق المعتده وعند
الشافعي وابن حنبل تخرج وجوبا وفي المبسوط ان كان مقصدها
ومنزلها دون مسيره السفر فعليها ان ترجع الى منزلها لانها
تصير مقيمه بالرجوع وفي المضي تصير مسافره فاذا قدرت على
الامتناع من استدامه السفر يتعين عليها ذلك وان كان الى
كل واحد منهما مسيره سفر خيرت بين الرجوع والمضي اذا لم يصلح
مكان الطلاق والموت للاقامه كالمفازه سوا كان معها محرم او لم

يكن و ينبغي لها ان تختار اقرب الجانبين وان كانت في مصر او قريه
تقدر على المقام فيها فليس لها ان تخرج اذا كانت الجهتان مسيره
سفر عند ابي حنيفه حتى تنقضي عدتها وعندهما ان لم يكن معها محرم
فكذلك وان كان معها محرم فلها ان تخرج الى اي الجانبين شاءت لانها
غريبه في ذلك المكان والغريب يوذى ويقصد بالجفا ومن يصبر
على الاذى فكانت مضطره الى الخروج كالمفازه ولابي حنيفه
رضي الله عنه طريقان احدهما ما ذكرناه والثاني انها الى
الان تابعه للزوج في السفر والاقامه وقد زال ذلك فيكون
منشيه سفرا من موضع امن وغوث والعده يمنعها من ذلك
كما لو كانت في منزلها بخلاف المفازه فانها ليست بموضع اقامه
وقالوا على هذا اذا كانت قد سافرت مع محرم بغير زوج فاتاها
خبر موت زوجها او طلاقها لا يكون عليها المقام فيه عند
ابي حنيفه لانها ماضيه على سفرها لا منشيه سفرا وفي
البدايع اذا كانت الجهتان مسيره سفر فمضت او رجعت
وبلغت ادنى المواضع التي تصلح للاقامه اقامت فيه واعتدت
ان لم تجد محرما بلا خلاف وكذا ان وجدت عند ابي حنيفه ومثله
في المحيط وفيه والبدوي لو طلق امراته فاراد نقلها الى
مكان اخر في الكلا والما فان لم يتضرر بتركها في ذلك الموضع
في نفسه او ماله فليس له ذلك وان تضرر فله ذلك اذ الضرورات
تبيح المحظورات وفي الطلاق الرجعي لا ترجع الا مع زوجها وفي
البائن مع من شاءت مسـ ـله السقط اذا استبان بعض

١٧٠
اد الكل فتحل او لا دعا في ذمتها فيعتقوا بادائها وليس عليهم شي
من البدل فلما امكن ان يجعل تبعا استغنى عن سقوط الرهن فينفرد به الحاضر ولما اب
الحاضر يجبر البدل لان المال كله عليه وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول
اما الحاضر فلان البدل عليه وهو اصل فيه واما الغائب فلانه ينال به شرف
الحريه فيجبر المولى على القبول وان لم يكن البدل عليه كمعير الرهن اذا دفع الدين
الى المرتهن يجبر المرتهن على القبول منه لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن
الدين عليه وايهما ادى لا يرجع على صاحبه بشي اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه
وذلك كالمكاتبه اذا ادت ولدها في الكتابه فانه اذا ادى لم يرجع على والدته بشي لما
قلنا واما الغائب فلانه ادى بغير امره وليس بمضطر من جهته بل طلب نفعا
بخلاف معير الرهن لانه مضطر فيه لانه يفوت ملكه بالنايب وان وهب
المولى الكتابه للحاضر عتقا لان الكل عليه فيهبه للمولى اداه فان وهبها
للغائب لم يعتقا لانه لا شي عليه فلا تصح الهبه فان قبل العبد الغائب العقد
فهو لغو والكتابه لازمه للشاهد لما ولم يعمل لان الكتابه نفذت عليه من
غير قبوله فلا يتغير بقبوله كمن كفل بدين عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه كان العارية م
باطله ولا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هنا وليس للمولى ان ياخذ الغائب
بشي من البدل لانه لم يلتزم شيا بل هو تبع العقد ولو ابا الحاضر ولا يوجد بغيره
ولد المكاتب يشتري لها امرا فان حرر المولى العبد الغائب عتق لانه ملكه وسقط
حصته من الكتابه لان المال مقابل بالرقبه في حق المولى والحاضر انما جعلناه المكاتبه
تابعا لا حصه له وجهه لئلا يتضرر به فاذا بطلت حصته لم يعتق الحاضر حتى
يودي حصته وان حرر الحاضر فهو وبطل عنه حصته من الكتابه ويودي المكاتبه
الغائب حصته حالا والا رد في الرق لان الاجل كان مشروطا للحاضر دون الغائب

ولو كاتب عبدٌ على نفسه وعلى ابن صغير له فهو كالعبد الغائب لانه لا ولاية
له على ولده فصار ابنه المملوك لمولاه كمملوك اخر سواء كان عبدا او ولده
او ابنه من الاجنبي وكذا لو كاتبت امة على نفسها وعلى ابن لها صغير يكون
وليس جواز العقد منها على ابنها بطريق الولاية اذ لا ولاية للام الحرة على ولدها
فكيف تثبت للامة ولكن الامة جعلت نفسها اصلا في الكتابة فيجوز عليها
قصدا وعليه تبعا استحسانا كما في كتابة الحاضر على عبد للمولى غائب وايهم
ادى لم يرجع على صاحبه بشيء لما مر ويجبر المولى على القبول لما بينا ان المؤدي متبرع
بما يؤدي ويعتقون لانه كانت عنه كتابة صحيحة ولاداه عنه غيره فلا باس
وضمان عتقه ولا يرجع لانه متبرع ولو ادى بضمان بامر العبد رجع على العبد لادائه
بامره او على سبيل الفساد ما يثبت عليه الاداء وهو الضمان وان اسند الى العجز
واداه العجز لا يرجع ويكون رقيقا وقيمته ساع فيه وان كاتب عبدين كتابة واحدة
على الف درهم على انهما ان اديا عتقا وان عجزا ردا الى الرق صح العقد استحسانا
لما في الكفالة وان ادى احدهما حصته لا يعتق وقال زفر يعتق كل رجل واحد منهما
يلزمه كتابة نفسه وحصته لا حصة صاحبه ولنا انه علق عتقهما باداء
الكل لانه قال ان اديا عتقا فلا يعتق احدهما باداء حصته مكاتب قال اذا
عتقت فثلثي وصية او اوصيت بثلثي صح وان قال اوصيت بثلث مالي ثم عتق
بطل اعلم ان وصية المكاتب ثلاثة اقسام قسم منها باطل وهو الوصية بعين
من اعيان ماله لانه لا يملك له حقيقة وتبرع تبرع محض فلا يصح وان ملك ذلك
بعد العتق ثم اوصى بعين لا يملكه ثم ملكه وقسم يجوز اجماعا وهو ما اذا اضاف
الوصية الى الملك بعد العتق بان قال اذا عتقت فثلث مالي للفلان وصية او
قال اوصيت له بثلث مالي حرا اذا اعتق ثم مات فللموصى له ثلث ماله لانه صح

باضافة الوصية الى الملك فتبطل الوصية وقسم باطل عند ابي حنيفة صحيح عندهما
كما اذا قال اوصيت بثلث مالي لفلان ثم عتق فعندنا بناء على ان للمكاتب نوع ملك
حقيقة وهو ما بعد العتق ومجازا وهو ما قبل العتق فعنده ينصرف الى المجاز
فوقع باطلا وعندهما الى الحقيقي فيصح مكاتب او صبي وكل رجلا بتزويج عبده او
بهبة او بصدقة عنه ثم عتق المكاتب او بلغ الصبي فلم يجز العقد فهو باطل
لبطلان اهليتهما حتى لو فعل الوكيل يتوقف على اجازتهما وكل عبد محجور رجلا بان
يزوج له امرأة او يشتري له شيئا ففعل الوكيل بعد عتقه صح لان العبد اهل
للشراء وانما لم ينفذ الوكالة لحق المولى فاذا زال بالعتق نفذت الوكالة وان اشتراه
الوكيل قبل عتقه نفذ عليه لان الشراء لا يتوقف رجل قال لعبده ان لم اعتقك
فانت حر او من العبد الى رجل وله ولد حر صغير وله مال ومات ولم يعتقه عتق
ولغى ايماؤه لانه انما يعتق في اخر جزء من اجزاء حياته لتحقق الياس عنه وذلك
زمان يسير لا يسع التصرف فيه فلا يصح ايماؤه

باب كتابة العبد المشترك

عبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب
نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب نفذ في حصته فقط عند ابي
حنيفة لان الكتابة تتجزأ عنده لانها تفيد الحرية بمنزلة الاعتاق من هذا
الوجه وليس للشريك الفسخ لانه باذنه وفائدة الاذن بالكتابة فان
ادى الكاتب حطه ولا يفسخ الشريك لانه رضي به ولا يسعى العبد في نصيب الساكت
وان ادى بعض الالف او كله سلم له وليس للساكت ان ياخذ منه نصفه لان
اذنه بقبض البدل اذن للمكاتب بالاداء والاذن بالاداء تبرع منه بنصيبه
من الكسب على المكاتب وقد تم بقبض المكاتب فسلم كله له كرب الوديعة
اذا امر المودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يستردّ رب الوديعة عليه

ثم م

عن العزب م

احدهما

عتق م

سبيل وكذا هذا الأداء انفاه قبل الأداء فصح هبته لأنه تبرع لم يتم ولو أذن
وهو مريض وأدى من كسب بعد الكتابة صح من كل ماله لأن الكسب إذا لم يكن
موجودا حالة الإذن والأداء لم يتبرع بشيء من ماله حتى يعتبر من الثلث وإنما
تبرع بمنافع العبد حيث أذن له بصرفها في أداء بدل الكتابة وتبرع المريض
بالمنافع لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال لأن حق الورثة يتعلق بأعيان الأموال
لا بالمنافع وإن كان وجد الكسب قبل الكتابة فأذن له في الكتابة والعتق منه
يعتبر من الثلث لأنه تبرع بعين ماله لأنه حين الإذن كان الكسب قائما تعلق
حق الورثة به وعندهما الكتابة لا تتجزأ فيكون الإذن بكتابة نصيبه إذنا بكتابة
الكل فإذا كاتبه يكون مكاتبا نصيبه بحكم الملك ونصيب شريكه بحكم الوكيل
والإذن فيكون مكاتبا لهما ويكون بدل الكتابة بينهما وإذا قبض المكاتب شيئا
يكون بينهما قبل العجز وبعده ولو كان بلا إذن صاحبه يكون له حق الفسخ عند
الكل وإن لم يفسخ حتى بدل الكتابة عتق حظه عند أبي حنيفة وللساكت أن يأخذ
من الذي كاتب نصف ما أخذ من بدل الكتابة لأنه كسب عبد مشترك ثم شريكه
إن كاتب كله بالعتق رجع على المكاتب بنصف ما أخذ منه شريكه لأنه لم يسلم
للعبد منه إلا نصف البدل ولم يسلم للمولى إلا نصف البدل فيرجع بالنصف
الآخر وعندهما إذا أدى بدل الكتابة يعتق كله ويغرم المكاتب لشريكه نصف
قيمته إن كان موسرا حالة العتق أخذ منهما بعوض وللساكت أن يأخذ من
العبد نصف ما بقي في يده من الأكساب لأنه كسب عبد مشترك ولو كاتب
أحدهما كله أو حظه بمائة دينار صار مكاتبا لهما أما عنده فلأن الكتابة
تتجزأ فتقتصر على نصيبه وأما عندهما فلأن الأول إذا كاتب نصيبه
صار مكاتبا وللآخر حق الفسخ فإذا كاتبه كان فسخا منه في نصفه وأيهما

[illegible]

قبض شيئا من بدل نصيبه لا يشاركه صاحبه في ذلك ويتعلق عتق نصيب
كل واحد منهما بجميع بدل الكتابة المسمى في كتابة نصيبه فإن أدى إليهما معا
فالولاء لهما عندهم وإن أعتقه أحدهما صار كأنهما كاتباه ثم أعتقه أحدهما عتق نصفه
عند أبي حنيفة ويسعى في نصيب صاحبه مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية إلا أن
يعجز المكاتب فيضمن المعتق نصيب صاحبه إن كان موسرا أو يسعى المكاتب في قيمته
قيمته إن كان معسرا عند أبي يوسف وعند محمد يضمن الأقل من قيمة نصيبه ومن
بدل الكتابة في اليسار وفي الإعسار يسعى في ذلك أمة بين رجلين كاتباها
فوطئها أحدهما فولدت ولدا فادعاه ثم وطئها الآخر فولدت ولدا فادعاه
فعجزت فهي أم ولد للأول ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها للآخر ويضمن شريكه
كل عقرها وقيمة ولدها ويكون ابنه وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة صح وهذا
قول أبي حنيفة وعندهما هي أم ولد للأول وهي مكاتبة له كما كانت وعليه نصف
قيمتها لشريكه عند أبي يوسف وعند محمد عليه الأقل من نصف القيمة ومن
نصف ما بقي من بدل الكتابة ولا يثبت نسب الولد الآخر من الآخر ولا يكون
الولد له بالقيمة ويغرم العقر لها وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف
في تجزؤ الاستيلاد للمكاتبة فعنده يتجزأ وعندهما لا يتجزأ واستيلاد
القنة لا يتجزأ إجماعا واستيلاد المدبرة يتجزأ إجماعا فإذا عرفنا هذا
نقول إذا ادعى أحدهما الولد الأول صحت دعوته لأنه استولدها وله
في رقبتها ملك وهي محل لصحة الاستيلاد فصار نصيبه أم ولد له ولم
يملك نصيب صاحبه وبقي نصيب صاحبه وبقي نصيب الآخر مكاتبا
عند أبي حنيفة وقالا يملك نصيب صاحبه وصارت كلها أم ولد له لأن تكميل
الاستيلاد واجب ما أمكن ألا ترى أنه لو استولد أمة مشتركة يملك نصيبه

ها أم ولد للمستولد لإمكان التملك لأنها قابلة للنقل وقد أمكن هنا لأن
الكتابة تحتمل الفسخ والاستيلاد لا يحتمله فرجحنا الاستيلاد وحملنا ه
وفسخنا الكتابة في حق التملك مسيرله فإنه لا يحمل ويقتصر على نصيب المستولد
لأنه لا يمكن تملكها إذ المدبر يأبى للنقل من ملك إلى ملك فإن قيل هلا قلتم
يفسخ الكتابة فيما لصحة الاستيلاد قلنا في تجويزه إبطال الكتابة إذ
المستحق لا يرضى ببقائه مكاتبا ويتضرر هو ببطلانه والكتابة لا تفسخ فيما
يتضرر به المكاتب. وله أن الاستيلاد يقبل التجزي إذا وقع في محل لا يقبل
النقل كالمدبرة بين اثنين إذا استولدها أحدهما فإنه يتجزأ ويقتصر استيلادا
على نصيب المستولد والكتابة لازمة كالتدبير فلا يقبل النقل من ملك إلى
ملك فيقتصر الاستيلاد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة إذ لو صارت كلها
أم ولد لا ينتقل الملك البتة فيتم الكتابة إذ لا يستبد بالفسخ لأنها عقد
لازم والكتابة مانعة للنقل فإذا جاءت بولد آخر وادعاه الآخر فقد ادعى
نسب ولد أمة نصفها ملكه فصح دعوته ويثبت نسبه منه فإذا
عجزت المكاتبة بعد ذلك جعلت كأن لم تكن وتبين أن الأمة كلها أم ولد ٢
للأول لأن المقتضي لتكامل الاستيلاد موجود والمانع من التكامل الكتابة
فإذا انفسخت الكتابة عمل المقتضي عمله من وقت وجوده كالبيع بشرط الخيار
للبائع إذا أسقط الخيار يثبت الملك به من وقت وجوده فيضمن للآخر نصف
قيمتها لأنه تملك نصيبه لتكامل الاستيلاد ويضمن عقرها وقيمة الولد
والولد الآخر للآخر وهو حر بالقيمة لأن الآخر بمنزلة المغرور لأنه وطئها
على ظن أن بعضها على حكم ملكه وظهر بالعجز وبطلان الكتابة أنه لا ملك له وولد
المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة ولأنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فلزمه

الكتابة

كل

١٧٢

كل العقر وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة جاز لأن العقر حقها حال قيام الكتابة
لاختصاصها بمنافعها وإذا عجزت ترد إلى المولى لأنه ظهر اختصاصه وهذا كله
قول أبي حنيفة وعندهما هي أم ولد للأول تكميلا للاستيلاد لأنه يمكن فسخ الكتابة
لما مر وإذا صارت كلها أم ولد له فوطء الثاني صادف أم ولد الغير فلا يثبت نسب
الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة ويلزمه كل العقر لأن الوطء لا يخلو عن
الضمان الجابر والحد الزاجر وتعذر إيجاب الحد للشبهة فيجب العقر ونصف
الكتابة عندهما وصارت كلها مكاتبة للمستولد فيسقط نصف بدل الكتابة لأن
الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا يتضرر بسقوط نصف بدل
الكتابة والجمهور على أنها مكاتبة له بكل بدل الكتابة لأن الانفساخ ضروري
فلم يظهر فيما وراء الضرورة وهو حكم التملك فبقي العقد الأول كما كان
والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بنفسها وأبدال منافعها ولو عجزت
وردت في الرق ترد إلى المولى لظهور اختصاصه ثم قال أبو يوسف يضمن الأول
لشريكه مكاتبة لأنه تملك نصيب شريكه من المكاتبة فيضمن قيمته مكاتبا
موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان التملك فلا يختلف باليسار والإعسار وقال
محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لأن حق الشريك
أما في نصف القيمة على اعتبار العجز عن الأداء أو في نصف بدل الكتابة على
اعتبار الأداء والأمر فيه متردد فيجب الأقل وإن لم يطأها الثاني ولكن دبرها
ثم عجزت بطل التدبير عندهم أما عنده فلأن المستولد تملكها قبل العجز
وأما عندهما فلأنه بالعجز ظهر أن كلها أم ولد للأول وأنه لم يكن فيها ملك
للثاني والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب لأن الملك من حيث
الظاهر يكفي لثبوت النسب واستحقاق الولد بالغرور وأما التدبير فلا

[illegible]

نسب بالشبهات ولهذا لو اشترى امة ودبرها فاستحقت لم يبطل النسب
وكان الولد حرا بقيمته ولهذا صارت هي ام ولد للاول لانه ملك نصيب شريكه وكمل
الاستيلاد لامكان التكميل وضمن لشريكه نصف قيمتها لانه تملك نصفها
بالاستيلاد ونصف عقرها بالوطء لانه امة مشتركة بينهما والولد للاول لصحة دعوته
على ما مر وهذا قولهم وان دبرها الاول او استولدها او اعتقها صح وحظه
اي صار نصيبه مدبرا وام ولد او معتقا ونصيب الساكت مكاتب على حاله
عند ابي حنيفة اما في الاول والثاني فلان التدبير يتجزأ وكذا الاستيلاد
المكاتبة عنده لما مر ان الكتابة مانعة من التكميل صح الاستيلاد دون
الضمان ولا سعاية لان نصيب الساكت لم يتغير وعندهما صار كلها مدبرة وام
ولد للمدبر او المستولد لعدم التجزي وضمن نصيب الشريك موسرا كان او
معسرا لانه ضمان تملك واما في الثالث فلان الاعتاق عنده يتجزأ فبقي نصيب
الاخر مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية لانه يمضي على الكتابة لان نصيب الساكت
لم يتغير عما كان عليه ويعتق بادائه اذا ادى وان عجز خلف المعتق فيما عليه فلا
يضمن وعندهما لما كان لا يتجزأ عتق الكل فله ان يضمنه ان كان موسرا او يستسعي
ان كان معسرا لانه ضمان الاعتاق ويختلف باليسار والاعسار الا عند ابي يوسف
يضمن نصف قيمتها وعند محمد يضمن الاقل من نصف القيمة ومن نصف بدل الكتابة
ثم اختلفوا على قول ابي يوسف فقال بعضهم نصف قيمتها قنة لان الكتابة انفسخت
في نصيبه سابقا على العتق ضمنا لتحمل العتق من جهة المعتق وقال بعضهم يضمن
نصف قيمتها مكاتبة وهو الصحيح لان سبب الضمان الاعتاق والاعتاق
صادف المكاتبة والمكاتب لا يوجب قيمة القن واعترض ضمن المعتق ليس
نصف قيمتها ويرجع بدل الكتابة عند ابي حنيفة لانها لما عجزت ردت في

انتقض

الرق وصارت كانها لم تزل قنة فصار المعتق متلفا نصيب الشريك بالاعتاق
السابق فيضمنه لحكم عبد بين اثنين اعتقه احدهما فعتق ان كان معسرا له
خيار الاعتاق والاستسعاء وان كان موسرا له ان يعتق نصيبه او يستسعي او يضمن
شريكه ويرجع به الشريك على العبد وهذا ان كان موسرا ضمن ولم يرجع وان كان
معسرا استسعى وقد مر في الاعتاق وعبد بين رجلين دبره احدهما
ثم حرره الاخر لكن للمدبر ان يضمن المعتق وله ان شاء اعتق وان شاء استسعى
وان دبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فللمدبر ان يضمن المعتق قيمة
نصيبه مدبرا وان شاء اعتق وان شاء استسعى وهذا عند ابي حنيفة واصله
ان التدبير والاعتاق يتجزآن عنده فاذا اعتقه احدهما اولا بقي نصيب المدبر
على ملكه ووجب له حق التضمين او الاعتاق او الاستسعاء لا حق التضمين
لم يجب الا بصفة التمليك والمعاوضة فاذا دبر نصيبه فقد اختار
الاستسعاء على ملكه عادة وحينئذ فلم يبق له ولاية التضمين لانه لو ضمنه
لصار ذلك الضمان جناية خالصة فيصير تغييرا للمشروع وبقي له خيار الاستسعاء
لانهما لا ينافيان التدبير وعندهما لما اعتق احدهما نصيبه او اعتق كله
لانه لا يتجزأ وبطل تدبير الاخر لانه صادف الحر وضمن نصف قيمته ان كان
موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لانه ضمان الاعتاق فيختلف
باليسار والاعسار وان دبره احدهما اولا اقتصر على نصيبه وبقي
نصيب صاحبه على ملكه فاذا اعتقه صح اعتاقه وفسد به نصيب
المدبر وبقي على ملكه فان شاء اعتق وان شاء ضمن وان شاء استسعى الذي
لم يدبر الا انه يعتبر في التضمين والسعاية قيمته مدبرا لان الاعتاق
صادف المدبر وقيمته تعرف بالرجوع الى تقويم المقومين عند

الاعتاق ودبر

النقض في مدبرنا المختار في كتاب العتاق وإذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لأنه لا
يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما لو غصب مدبرا وأبق فإنه يضمن ولا يملكه
وهذا الإعتاق لم يوجب الضمان لأنه لا يصح العتق وإن لم يعدم التدبير المانع
من نقل الملك فلم يكن في اختيار التضمين بدل ملك الشريك مدبرا فاعتقها او عتقهما حق نجم
أدى أحدهما أو لا فإن كله مدبرا وملك نصف ملجمه لأنه لا يتجزأ
وبطل كتابة الآخر لأنه صادف مملوك الغير ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو
معسرا لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن قيمته لأن
التدبير مأذون فيه وهو في عبد وابنه من مكاتب كاتبهما أحدهما كتابة واحدة
بعقد بعينه فمات الأب وترك مالا واكتسب الولد مالا بعده وقد
أو قطعت يده فللساكت نصف ما ترك الميت ونصف أرش الولد ونصف
كسبه لأنه كسب عبده لأن نصفه منهما من عبد الله عند أبي حنيفة ثم المولى
المكاتب يأخذ بدل الكتابة من الباقي وعتق نصفه منهما ويضمن نصيب الساكت
منهما إن كان موسرا ويجب السعاية إن كان معسرا وسعاية الأب يؤخذ من
تركته لأنه عاجز عن السعاية ولا يرث الابن أباه لأن نصفه عبد للساكت
ولا يملك الساكت نقض الكتابة بعد موت الأب لأن رفع الكتابة بعد موت
المكاتب لا يجوز لمعنى حصول العتق ولا تظهر في حق النقض مقصودا **باب
عجز المكاتب وموته وموت المولى** فإذا عجز عن نجم فإن كان
له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل الحاكم بتعجيزه وانتظر عليه يومين
أو ثلاثة فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة أو فسخه
برضاه وأصله أن السنة في الكتابة التأجيل والتنجيم والتيسير فإن حل نجم
لم يؤد حصته كان للمولى حق الفسخ عند أبي حنيفة ومحمد إلا أن يكون له مال

حاضر أو غائب يرجى قدومه فيؤخر يوما أو يومين أو ثلاثة لا يزاد عليه وقال
أبو يوسف لا يفسخ ولا يرد في الرق حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه إذا
توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بالشرط والمعلق بالشرط عدم قبل
وجود الشرط وهذا أمر لا يعرف قياسا فصار المروي عنه كالمروي عن النبي
صلى الله عليه وسلم ولأن الفسخ للعجز ولا يتحقق العجز إلا بتوالي النجمين فلا يثبت
حق الفسخ قبل ثبوت دليله وهذا لأنه لما مضى نجم صار حالا والعجز عن البدل
الحال لا يوجب الفسخ ولا يتحقق إلا بعد مضي الإمهال ولا إمهال إلا بالعقد وأحق من ن
الآجال ما أجمع عليه العاقدان فإذا مضى النجم الثاني تحقق العجز فوجب ولنا الفسخ
ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن مكاتبة له عجزت عن نجم فردها في الرق وليس في
حديث علي رضي الله عنه أنه إذا انشب نجما ما حكمه فهو مسكوت عنه كسرنى
فلما عرفت فسخ بها ولأن المقصود بالعقد وجاب المولى بعض المسمى
عند مضي النجم الأول وأنه قد فات فوجب تجنبه كما لو توالى عليه نجمان
وهذا لأن الكتابة قابلة للفسخ والإخلال بالنجم الواحد إخلال بما
هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه لفوات
وصف السلامة في المبيع ولأنه لما مضى النجم كان كأنه كاتب على ذلك
القدر حالا ولو كان كذلك لقال له إما أن تعجل وإما أن ترد في الرق ولم
يؤجل إلا أن يكون له مال حاضر أو غائب يرجى قدومه ولم يرد في الرق والتأخير
على ثلاثة أيام كما ذكرنا وأما التأخير إلى ثلاثة أيام فلأنه أمضا الموجب
العقد لأن الأداء إنما يتوجه بعد مضي النجم ولا بد للأداء من زمان
فاستحسنا هذا القدر على أن يكون من باب الفضل دون التأخير نظرا
لهما وإنما قدر بالثلاث لأنها مدة ضربت للإبلاء والإعذار كما في قصة

الاخبار وشرط الخيار وامهال المرتد وامهال المدعى عليه للدفع اى
اذا توجه عليه الحكم وادعى الدفع بنفسه حاجته فانه يمهل ثلثه ايام وامهال
المديون للقضا فانه اذا افتد من وسال ان يمهل ثلثه ايام ليحضر المال اولبيع
عشا من بيته اجابه الى ذلك ولم يكن بذلك ممتنعا عن ادابه ولم يحبسه فان
اخل بنجم فرده مولاه عبدا عند السلطان برضاه فهو جائز لان الكتابه تحمل الفسخ
بالتراضي بلا عذر فبعذر العذر اولى وان لم يرض به العبد فلابد من القضا
بالفسخ لانه عقد لازم تام فلابد من القضا او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض
وفي بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضاه كما اذا وجد المشتري
عيبا قبل القبض فانه ينفرد المشتري بالفسخ واذا عجز المكاتب عاد الى احكام
الرق لان الكتابه قد انفسخت وما في يده من الاكساب لسيده لانه ظهر انه كسب
عبده وان مات المكاتب وله مال لم ينفسخ الكتابه وقضى ما عليه من ماله وحكم
بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهو
قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماونا وقال زيد بن ثابت رضي الله
عنه ينفسخ الكتابه بموته ويموت عبدا وما ترك فلمولاه وهو قول الشافعي
له ان العقد لو بقي لبقي ليحصل العتق بالاداء وقد تعذر اثباته فبطل وهذا
لانه لا يخلو اما ان يثبت العتق قبل الموت او بعده مقتصرا او مستندا لا
وجه للاول لعدم شرطه وهو الاداء والشي لا يسبق شرطه ولا الى الثاني لان
الميت ليس بمحل لثبوت العتق لما فيه من اثبات قوة المالكيه وقد انعدمت
في الميت ولا الى الثالث لانه لما تعذر اثباته في الحال تعذر اسناده لان
الشي يثبت ثم يستند ولان في اسناده الى حال حياته اثبات العتق قبل شرطه
وهو الاداء وهذا بخلاف ما اذا مات المولى فانه يبقى العقد بعد موته ويعتق

الكتابه

بالاداء الى ورثته وصار المولى معتقا له لان الميت يجوز ان يكون معتقا الا ترى
انه لو قال لعبده انت حر بعد موتي كان صحيحا ولو قال بعد موتك كان لغوا
انها عقد معاوضه لا ينفسخ بموت احد العاقدين وهو المولى فلا ينفسخ بموت
الاخر وهو العبد كالبيع وهذا لان قضيه المعاوضه المساواه بين العاقدين
فاذا جاز ابقا العقد بعد موت المولى لحاجته اليه ليصل الى مقصوده وهو
شرف الحريه بل اولى لان الذي استحقه المولى عليه ليس بلازم حتى لو عجز نفسه عن
اداء البدل بطل والذي استحقه المكاتب على المولى لازم حتى لو اراد ان يبطل ليس
له ذلك فاذا لم يبطل حقه بموته فحق المكاتب وانه الزم اولى ان لا يبطل ولان
الموت انفى للمالكيه منه للمملوكيه لان المملوكيه عبارة عن المقدور به والمقهور به
والمالكيه عبارة عن القادريه والقاهريه ولهذا يوصف الجماد بكونه مملوكا
ولا يوصف بكونه مالكا والموت انفى للقادريه والقاهريه منه للمقدوريه والمقهوريه
فاذا جاز ابقا العقد مع ادنى المنافيين لا على الكاملين اولى واحرى واما ما
ذكر من الترديد فنقول انه يعتق بعد الموت عند البعض بان يقدر حيا فيما يلا
للعتق كما قدر المولى حيا ومالكا ومعتقا في فصل موت المولى ولهذا قدرنا
الميت بعد موته حيا ومالكا لامواله فيما يحتاج الى قضاء دينه وتنفيذ
وصيته والجمهور على انه يعتق في اخر جزء من اجزاء حياته لان سبب الاداء
موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه ويجعل اداء خلفه كادائه بنفسه
فان قال الاداء فعل حسي والاستناد انما يكون في التصرفات الشرعيه قلنا
نعم ولكن فعل النائب مضاف الى المنوب وبهذه الاضافه يشبهه الا ترى
ان من نصب شبكه فمات قبل ان يصيبه ثم اصاب صار مالكا له ويورث عنه
والميت ليس باهل ولكن المراعى السبب والملك يجب بعد تمام السبب و

العقد انما [illegible] الولا [illegible]

ملقاه

منه

بالاصابة وهو ليس باهل له بسبب الملك من جهة الامكان وهو آخر جزء من اجزاء
حياته فكذا هنا لما ان السبب متعين وهو عقد الكتابة والعتق موقوف
على الاداء والاداء جائز بعد الموت والخلف وهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين
الموت فالملك ثم حكمنا بعتقه في آخر جزء من اجزاء حياته واما بان يقام التركة الموجود
منه في آخر جزء من اجزاء حياته مقام الخلفية من المال ومن المولى وهو الاداء المستحق
عليه وان ترك ولدا ولد في كتابته ولم يترك وفاء او ترك مالا يفي ببدل الكتابة
سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكم بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان
الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء
وجعل كانه مات عن وفاء ولو كاتب امته على انه بالخيار ثلثا فولدت في مدة الخيار
ومات وبقي الولد بحاله وعقد الكتابة عند ابي حنيفة وابي يوسف وله ان
يجيزها واذا اجاز سعى الولد على نجوم امه واذا ادى عتقت الام في آخر جزء من اجزاء
حياتها وعتق ولدها وهذا استحسان وعند محمد بطل الكتابة ولا يصح اجازة
المولى وهو القياس لان الولد انما يقوم مقامها اذا كان ولد المكاتبة وهو لم
يصر ولد المكاتبة بعد ولهما ان في ابقاء العقد فائدة بان يجيز المولى ويقوم الولد
مقامها وينفذ العقد في حق الام بسعايته في حق الولد ثم يستند الى وقت الانعقاد
وان ترك ولدا مشترى قيل له اما ان تؤدي بدل الكتابة حالا والا رددت في الرق
عند ابي حنيفة وعندهما يؤديه على نجومه لانه كاتب عليه فيسعى على نجومه
كالولد المولود في الكتابة ولهذا انه صار تبعا بحيث ملك المولى اعتاقه كاعتاق
المكاتب بخلاف سائر اكساب المكاتب فانه لا يملك اعتاقه وله ان الاجل
ثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل تحت العقد
لانه لم يضف اليه العقد ولم يسر حكمه اليه لكونه منفصلا وفي الكتابة هنه
وفيها

وكان يسعى او يباع بعد موته لفوات المشروع والاجل اذا عجل صار كانه مات عن
وفاء بخلاف الولد المولود في الكتابة لانه تابعه وقد دخل في حكمه ويسعى على
نجومه مكاتب اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما ادى
بدل الكتابة حكم بعتق المكاتب في آخر جزء من اجزاء حياته فيحكم بعتق ابنه في ذلك
الوقت لانه تابع له فيكون حرا مات عن ابن حر فيرثه وكذا ان كان هو وابنه مكاتبين
كتابة واحدة لانهما صارا كشخص واحد فاذا حكم بعتق احدهما في وقت حكم بعتق
الآخر في ذلك الوقت فظهر انه مات عن ولد حر فورثه ولو مات المكاتب
وترك مالا وولدا حرا وولدا كوتب معه او ولد في كتابته وترك وصيا فالوصي
يؤدي بدل كتابته من ماله ويعتق في آخر جزء من اجزاء حياته وورثه اولاده اما
الولد الحر فظاهر وكذا الآخران لانهما يعتقان من وقت عتقه كما مر ويملك
الوصي بيع العروض لانه من باب الحفظ ولا يملك بيع العقار والدراهم والدنانير
لانه ليس من باب الحفظ ولا يرث المولود من الولد الحر ان مات الولد الحر قبل
اداء بدل الكتابة لان ذلك ليس من حقوق كتابة ابيه ولا يظهر استناد العتق
فيه وان مات المكاتب وترك ولدا من حرة ودينا فيه وفاء بمكاتبته فجنى
الولد فقضي به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وان اختصم موالي
الام وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء بعجز المكاتب والفرق
ان القضاء في المسئلة الاولى يقرر حكم الكتابة لان من قضيته قيام الكتابة ان
يكون الولد ملحقا بموالي الام والعقل عليهم مع احتمال ان يعتق الاب فيجر الولاء
الى موالي الاب فلم يكن القضاء بما يقرر حكم الكتابة فسخا للكتابة وفي المسئلة
الثانية الاختلاف وقع في الولاء مقصودا وذا يبتني على قيام الكتابة وانتقاضها
لان الكتابة ان فسخت [illegible] استقر الولاء على موالي الام ومات عبدا

فإن نسب كما قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما عتق الأب بالأداء فانتقل الولاء إلى موالي الأب واستقر عليهم وإذا قضى القاضي بالولاء لموالي الأم كان قضاء في فصل مجتهد فيه فنفذ قضاؤه وكان تعجيزاً وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب لسيده لأنه تبدل الملك لأن الصدقة كانت ملكاً للمكاتب ثم صارت للمولى بالأداء وتبدل الملك كتبدل العين في الشريعة فقد روي أن بريرة كان يتصدق عليها وهي تهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم فيأكل منها ويقول هو لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف الفقير إذا أباح للغني أو للهاشمي عين ما أخذ من مال الزكاة من الطعام فإنه لا يحل لأن الملك لم يتبدل لأن المباح له يتناول على ملك المبيح ونظيره المشتري شراء فاسداً إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب له وهذا إذا عجز بعد الأداء ولو عجز قبل الأداء إلى المولى فكذلك يطيب للمولى وإن كان غنياً أما عند محمد فظاهر لأن المذهب عنده أن المكاتب إذا عجز يملك المولى اكسابه ملكاً مبتدأً فتبدل الملك وأما عند أبي يوسف فكذلك في الصحيح وإن كان قياس مذهبه يقتضي أن لا يتبدل الملك بالعجز عنده بل يتقرر ملك المولى بالعجز وصار كأن الصدقة وقعت من الأصل للمولى ولو كان كذلك لحرمت عليه كذا هنا إلا أنه لا خبث في نفس الصدقة وإنما الخبث في فعل الآخذ لكونه إذلالاً به ولا إذلال بالصدقة يسقط الذنوب عن المتصدق وينتفع المتصدق عليه فلا ذل للمتصدق في سقوط الذنوب عنه وليس للمسلم أن يذل نفسه إلا عند الحاجة والضرورة ولهذا حل للفقير ولا يحل للهاشمي وإن كان محتاجاً إليه لأن له زيادة حرمة وشرف لنسبه ولا احتقار في المولى وصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى والمكاتب إذا عتق واستغنى يطيب لهم ما بقي من الصدقات في أيديهم وإذا جنى المكاتب جناية خطأ أو أجرت

الجناية

لا يحل لأنه

ولا ضرورة

[illegible]

المكاتب نفسها ظاهر لم ينقض الإجارة بالعجز عند أبي يوسف وعند محمد ينتقض لأن المولى يملك اكسابه بالعجز ملكاً مبتدأً فكان العقد واقعاً للمكاتب ولو بقي لبقي للمولى وهذا لا يكون كما إذا مات المؤجر أو المستأجر ولأبي يوسف أن العقد ورد على منافعها وهي مملوكة للمولى من وجه وللمكاتب من وجه لأن المكاتب [illegible] والرق باقٍ في الملك وسبب ملك المولى قائم وهو ملك الرقبة إلا أنه ثبت له نوع ملك إذا انتهت الكتابة فبالعجز تفرد ملك المولى فلا يبطل العقد كما لو تقرر للمكاتب بالعتق عنده حتى كاتبه سيده وهو لا يعلم بالجناية فعجز يقال له إما أن يدفعه أو يفديه لأنه لما كاتبه وهو لا يعلم لزمه قيمته لأن إحسان الفداء لم يثبت وقد امتنع الدفع بفعله فلزم قيمته كما لو باعه فإذا زال المانع قبل اشتغال الحق عن الرقبة فوجب الدفع أو الفداء ولذا إن جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز [illegible] إلى البائع وإن قضي به عليه في كتابته ثم عجز كان بعد قيمته ديناً عليه يباع فيه لأن الحق قد انتقل من رقبته إلى قيمته بالقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف الآخر وفي قوله الأول وهو قول زفر إذا عجز قبل القضاء يدفع أيضاً وجه قوله أن جناية المكاتب عنده لا تصير مالاً إلا بالقضاء أو بالرضا أو بالموت عن وفاء وعنده تصير مالاً في الحال له أن المانع من الدفع قائم وقت الجناية وهو الكتابة فوجب أن يصير موجبه القيمة بنفس الوقوع كجناية المدبر وأم الولد ولنا أن الأصل في جنايات العبد وجوب الدفع إلا أن يتعذر لوجود المانع عن الانتقال من ملك إلى ملك والمانع هنا قابل للفسخ والزوال فلما كان المانع متردداً لم يثبت الانتقال عن الموجب الأصلي إلا بالقضاء أو الرضا كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض لا ينفسخ البيع إلا بالقضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لأن المانع ثابت متقرر

التسليم

أبق

[illegible]

لا يقبل الزوال فوجبت القيمة بلا توقف وإن صالح المكاتب عن دم عمد أقر به
ولم يؤد بدل الصلح حتى عجز ورد في الرق فالصلح وهو المولى فاسد ولا يؤخذ به إلا
بعد العتق عند أبي حنيفة لأن الصلح عن دم العمد ليس من التجارة ولا من الكسب
لأنه بدل المال لا عن المال فلا ينفذ على المولى إلا أنه يطالب به في حال الكتابة لأنه لا
ساول حق المولى لأنه يحتج في دمه ويؤديه من كسبه والآن صار حق المولى فلم
يصح وعندهما يؤخذ به في الحال لأنه دين وجب عليه واسع ويؤيد لأنه صلح
له ولأنه الصلح فلا يبطل بعجزه كدين الشراء والاستهلاك وإن جنى مكاتب بأنه
امسر باصبع حر أو أمة أو قيمة فعند أبي حنيفة هذا وإن باع فإنه يؤخذ به
ما دام مكاتبا فإذا لم يؤخذ به حتى صار رقيقا وقال محمد رحمه الله هذا إقرار
بالجناية إلا أنه إن قضى عليه لم يسقط بعجزه لتقرره وإن لم يقض عليه لم
يؤخذ به بعد العجز لعدم تقرره وقال أبو يوسف هو إقرار بالمال فيلزمه في الحال
وبعد العجز لأنه إقرار بالمال ارتد مسلم وله عبد فكاتبه ابنه فقتل المرتد
بطل عند الكتابة وعنده فجازت الكتابة لأن ابنه المسلم يرث ماله ووقت
ردته فظهر أنه كاتب عبد نفسه ولنا أنه كان على ملك الأب حتى كان للابن
فلا ينفذ تملكه بعقد مكاتب ابنه ولكن بدل الكتابة موقوف فإن مات
أدى بدل الكتابة من ماله وقسم ما بقي بين ورثته وإن عاد مسلما يسلم ماله إليه
وعندهم كافة يموت يؤدي كتابته من كسبه ويحكم بعتقه وهو كالحر وإن
مات سيد المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب وهذا
لأن الكتابة سبب العتق وسبب حق الحرية فلا يبطل بموته كالتدبير والاستيلاد
وقيل له أد المال إلى ورثة المولى على نجومه لأنه استحق الحرية له بهذا الطريق
والسبب انعقد على هذا الوجه فيبقى بهذه الصفة ولكن الورثة يخلفون

المورث

عجزه

كان

المورث في الاستيفاء فإن حرروه عتق وسقط مال الكتابة وإن أعتقه أحد
الورثة لا ينفذ عتقه وقال الشافعي عتقه صحيح لأن المكاتب يورث لأنه مملوك
والمملوك يورث وصار كما لو أعتقوا الكل ولنا أنه أضاف العتق إلى ما لا يملكه
فيلغو كما في الأجنبي إذا أعتق نصيب شريكه فإنه يلغو وهذا لأن المكاتب
لا يورث لأنه ليس بمال ولا يملك بشيء من أسباب الملك ولكن أنيبت الورثة
والقياس في إعتاق الكل أن لا ينفذ عتقهم ولا يسقط حقهم من بدل الكتابة لما فيه
التصرف إلى ما ليس بملكهم وإنما حكمنا بعتقه استحسانا لأن إعتاقه كله مسقط
لبدل الكتابة إذ هو حقهم ويجري فيه الإرث فجعل الكلام عبارة عن إبرائه
عن بدل الكتابة سبب لعتقه كما لو أبرأه المولى وكما لو قالوا أبرأناك عن
بدل الكتابة بخلاف ما إذا أعتق بعضهم لأن إعتاق البعض لا يسقط عنه شيئا
من بدل الكتابة ألا ترى أنه إذا أعتق بعضه بالقليل يوهب للمولى لا يسقط عنه
شيء من بدل الكتابة ولا يصير إبراء عن نصيبه لأنا جعلناه إبراء اقتضاء تصحيحا للإعتاق
والعتق لا يثبت بإبراء البعض وإذا البعض لا يعتق بعضه ولا كله فلا يثبت الإبراء
لأنه إذا لم يثبت المقتضي لا يثبت المقتضى ولا جائز أن يثبت الإبراء عن الكل
لأن الكل حق الكل إلا حقه أمة من مكاتبة ولدت فادعاه ثبت نسبه
لأن كل واحد منهما ملك من وجه وكاتب الولد تبعا لهما وصارت الأمة
أم ولد لهما حتى لا يصح بيعها فإن أديا بدل الكتابة معا أو متعاقبا عتقوا
دونها وإن أدى أحدهما دون الآخر عتق هو وعتق حظه من الولد ولا ضمان
على المؤدي لأن عتق الولد ثبت حكما لعتقه لا بفعله ولا سعاية على الولد
لشريكه لأن الأب سعى لحريته ولكنه لأن هذا العقد الناسخ يحتمل الحرية
لنفسه ولولده فلم يسع الولد وصار نصف الأمة أم ولد الحر

مهم

والنصف الآخر على حاله فان عجز شريكه زال المانع من تكامل الاستيلاد فصارت كلها
ام ولد المعتق وضمن الحر نصف قيمتها للمولى العاجز موسرا كان او معسرا لانه ضمان
تملك ويسعى الولد في نصف قيمته لمولى العاجز لان المانع من السعاية ان سعايته
لمولى الامه وقد زال وولاء الولد بين المولين لحصول العتق منهما وهذا كله مذهب
ابي حنيفة وعندهما اذا ادى احدهما عتق وعتق الولد منه والولاء كله لمولاه
والامة كلها ام ولد له ويضمن نصف قيمتها موسرا كان او معسرا ولا ضمان عليه في
الولد ولا سعاية فان عجز احدهما قبل الاجر لحظه من ولده سعه رقا لتحرر الكتابه
عنده وهي ام ولد للذي لم يعجز لزوال المانع من التكامل ويضمن نصف قيمتها للمولى
العاجز لتملكه نصيبه منها فان قضى عليه بنصف قيمتها تقرر كونها ام ولد له
حتى لو عجز بعده كان كلها ملكا لسيده وان لم يقض عليه حتى عجز كانت امة بين
المولين وان لم يعجز ولم يؤد واحد منهما حتى مات احدهما وترك وفاء سعايته
من ماله ويعتق في اخر حياته ويعتق نصف الولد معه وبقي النصف الآخر مكاتبا
يسعى للآب الحي عند ابي حنيفة ولا يرث الولد اباه الميت وان عتق بعد ذلك
النصف الآخر بان ادى المكاتب الحي بدل الكتابة لانه حين مات الاول كان الولد
معتق البعض ومعتق البعض لا يرث فان عجز المكاتب الحي عاد قنا وسعى الولد
في نصف قيمته لمولى الحي وتسعى الام في نصف قيمتها للمولى العاجز لان هذا النصف
صار ملك العاجز فلو زعموا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يعتق كل الولد
بلا ضمان ولا سعاية الا اذا عجز الحي فحينئذ يسعى الولد في نصف قيمته لمولاه ولا
يرث اباه الميت لان عتق المكاتب يثبت بطريق الاستناد فانما يظهر في حق
الولد في النصف الذي يعتق تبعا لابيه لا في حق النصف الذي يعتق حكما للعتق المجرد
فصار في حق ذلك النصف كانه عتق عند الاداء وان اكتسب الولد مالا او

وقطع

في النفقة وفي بنت البنت ومولى العتاقة فالميراث لمولى العتاقة
والنفقة على ابنة البنت ثم في ظاهره لا يجبر الابن على ان يدخل
اباه في قوته في القضا وعن ابي يوسف عليه ان يضمه الى نفسه
لان الانسان لا يخاف الهلاك بنصف بطنه وفيه بقا انه
قال كلوا في بعض بطنكم تعفوا فان زمانكم زمان خميص
ووجه الظاهر قوله عليه السلام ابدا بنفسك ثم بمن
تعول هذا اذا كان الابن وحده فان كان له زوجة واولاد صغار
يجبر الابن على ان يدخل الاب في كسبه كاحد عياله ولا يجبر على
ان يعطيه شيئا على حده والفرق على ظاهر الرواية ان طعام
الاربعة اذا اكله خمسة يقل الضرر بخلاف ما اذا دخل في طعام
الواحد يفحش الضرر فدفع لزيادة الضرر بذلك وفي المنتقى قال
الاب انا فقير واكذبه لم يلزمه نفقته وان شهد له الظاهر لان
الاصل عدم المال لانه لا يكفي للاستحقاق فان اقام بينة على
فقره كان مستحقا لنفقته ولو اقاما فبينة الاب اولى لانها
تثبت الاستحقاق وبينة الابن تنفيه وفي شرح القدوري
انفق الاب على نفسه في غيبة الابن فحضر وادعى انه كان غنيا
بحكم الحال فان اقاما بينة فبينة الابن اولى لانها تثبت الرجوع
على الاب وفي الذخيرة تعتبر في حق الجد الفقر لا غير في ظاهر
الرواية كالاب والجد من قبل الام كهو من قبل الاب والجدات
كالاجداد فان كان للفقير اولاد صغار وجد موسر لم يفرض على الجد
ولم يجعل الاب الفقير كالميت ولكن يؤمر الجد بالانفاق عليهم والرجوع

بها على الاب اذا ايسر هكذا ذكره القدوري ولم يجعل النفقة على الجد
حال عسرة الاب والصحيح انه ملحق بالميت وما ذكره القدوري قول
الحسن بن صالح هكذا ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف
وان كان الاب زمنا تجب على الجد ولا يرجع بها على الاب لان نفقة الاب
الزمن على الجد وكذا نفقة اولاده الصغار ويشترط في ذوي الارحام
استحقاق الميراث في الجملة ولهذا لا يجب مع اختلاف الدين والقياس
كذلك في قرابة الولاد ووجوبها استحسان فيهم وقد تقدم
وجهه ولا يجبر المسلم والذمي على نفقة ابويه اذا كانا مستامنين
في دار الاسلام لانها صلة وقد تقدمت المسئلة وكذا لا يجبر
المستامن على نفقة ابويه المسلمين او الذميين ولا يجبر الذمي
ان ينفق على غير اهل ملته الا على نفقة ابويه الى اخره قيل هو محمول
على ما اذا كانوا من دارين مختلفتين اما اذا لم يختلف فالصحيح ما
ذكره في المبسوط انهم يجبرون عليها فيجبر اليهودي على نفقة محرمه
النصراني وبالعكس لان الكفر كله ملة واحدة ويجري الارث بين
اليهودي والنصراني اذا كانا من اهل دار الاسلام وتقبل شهادة بعضهم
على البعض قوله واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز
عند ابي حنيفه وهو استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا
يجوز ذلك كله وفي الاشراف كان مالك والشافعي وابو ثور يرون
بيع العروض في نفقة الزوجه وبه قال يعقوب ومحمد وقال
النعمان النفقة في ماله من الدراهم والدنانير ولا يباع العروض الا
برضا منه قلت وهو قول ابي يوسف ومحمد وانما يباع

العروض عندهما في الدين على الممتنع ولا يعرف الامتناع من الغايب
وفي الذخيره الاب المحتاج يملك بيع المنقول بالنفقه
استحسانا ولا يملك بيع العقار الا اذا كان الولد صغيرا هذا
قول ابي حنيفه ذكره في كتاب المفقود وفيه والقياس ان لا يملك
الاب البيع على الكبير الغايب ووجه القياس ان ولايته تنقطع
بالبلوغ رشيدا الا في بيع ما يحتاج الى الحفظ اذا كان غايبا
كالعروض يبيعها الوصي والاب وهنا انما يبيع لنفسه لا للحفظ
ولو اراد القاضي البيع في ثمن الصون بنفسه فليس ذلك له
عند الكل لا في العروض ولا في العقار الا بشروط لا في النفقه ولا
في الدين قال في الكتاب لانه لا ولايه له لانقطاعها بالبلوغ
ولهذا لا يملك حال حضرته ولا في دين اخر له سوى النفقه ولا يبيعه
الام في النفقه ولابي حنيفه ان بيع الاب العروض من باب الحفظ
وهو يملك ذلك كما ذكرنا كوصي الاخ والعم والام في مال هولاء في
حق اليتيم لكونه من باب الحفظ فالاب اولى ولا كذلك العقار
فانه محفوظ بنفسه وفي الجامع لو خيف هلاكه او هلاك بابه
والورثه كبار غيب قال الصدر الشهيد لو قيل يملكه لا يبعد
لانه من الحفظ بخلاف غير الاب من الاقارب فانه لا ولايه لهم
في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر وفي حق الاب كانت
الولايه ثابته في حالة الصغر وبقيت اثارها بعد الكبر ويرد على التعليل
لو كان الاخ وصيا في حالة الصغر وبلغ فانه يحفظ على الغايب البالغ
ويبيع العروض ولا ينفق على نفسه وجوابه انها لم تكن واجبة

قبل القضا حتى لو ظفر بجنس حقه لا ياخذه قال واذا جاز بيع الاب
للمنقول فالثمن من جنس حقه فياخذه ولكن قال يبيع ابوه متاعه
في نفقته والتعليل يدل على انه يبيعه بحكم انه من الحفظ فاذا
اكله لم يكن بيعه للحفظ وقد قال لا يملك البيع في دين له سوى
سوى النفقه ثم لا شك ان الاب يبيع منقول ولده الغايب كالوصي
وبل اولى لوفور شفقته والثمن اذا كان من جنس حقه فله قبض
دينه منه بالاتفاق فاذا كان بيعه في الاول من باب الحفظ لا النفقه
وكذا في المسلة الثانيه واخذ ثمنه لكونه من جنس حقه فما الفرق
بينهما على قول الامام وقال صاحب الذخيره ذكر في الاقضيه
جواز بيع الابوين وذكر القدوري في شرحه فيكون في بيع الام
روايتان وان كان على الاتفاق فتاويل ما ذكر فيها ان الاب هو
الذي يبيع لكن لمنفعتهما فاضيف البيع اليهما لانه بعد بيع الاب
يصرف الثمن اليهما وهذا هو الظاهر فان جواز بيع الام بعيد قال
كان للغايب مال من جنس نفقتهما فانفقا على انفسهما منه لم يضمنا
لانه استيفا لحقهما اذ نفقتهما واجبه قبل القضا على ما مر وقد
اخذا حقهما وان كان له في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي
ضمن اي في القضا والحكم وفيما بينه وبين الله لا ضمان عليه حتى
كان له ان يحلف بعد موت المودع انه لا حق لورثه المودع قبله
لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح وذكر في النوادر اذا لم يكن في
مكان يمكن استطلاع راي القاضي لا يضمن استحسانا وقد
قالوا في رجلين كانا في سفر فاغمي على احدهما فانفق رفيقه عليه

من ماله او مات فجهزه صاحبه لم يضمن استحسانا وكذا العبد الماذون له في التجاره
اذا كان في بلاد بعيده فمات مولاه فانفق على نفسه وما معه من الامتعه
والدواب لم يضمن استحسانا وكذا روي عن مشايخ بلخ انهم قالوا اذا كان
للمسجد اوقاف ولم يكن له متول فقام رجل من اهل المحله في جمع ريع الاوقاف
وانفق على مصالح المسجد فيما يحتاج اليه من شرا الزيت والحصر والحشيش لا يضمن
استحسانا فيما بينه وبين الله تعالى وحكي عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى انه
مات واحد من تلامذته ببيعه في الطريق فباع محمد كتبه وانفق في تجهيزه فقيل له
انه لم يوص بذلك لاحد فتلى محمد قول الله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح ذكر
ذلك كله في الذخيره واحد الوصيين اذا خاف ضياع مال التركه فله
قبضه كاللقطه والحيران والرفقا في الطريق ذكره في الجامع ويحكي
ان جماعه من اصحاب محمد رحمه الله حجوا فمات واحد منهم واخذوا ما كان معه
من قماشه فباعوه فلما وصلوا الى محمد سالهم فذكروا له ذلك فقال لهم لو لم تفعلوا
ذلك لم تكونوا فقهاء والله يعلم المفسد من المصلح وان كان انفاقه بامر القاضي
لا يضمن قياسا واستحسانا لان امره ملزم لعموم ولايته ولا يرجع على القابض اذا
ضمن لانه ملكه باداء الضمان فظهر انه تبرع بملكه وفي الجامع مريض اقر لوارثه
بعبد او وهبه له فاقر الوارث انه كان وهبه او اقر به لاجنبي قبله وصدقه
ومات في يد الاجنبي بعد تسليم الوارث اليه فللورثه تضمين الاول لانه
استهلكه بالاقرار والتسليم او تضمين القابض لانه قبضه بغير حق عندهم
ومن ضمن لا يرجع اما الاول فلانه قد رضي بقبضه وهو قد ملكه باداء

الضمان فصح الاقرار والهبة من جهته كمسلة الكتاب واما الثاني الغاصب فلانه قبضه لنفسه وقد هلك في يده فلا يرجع على احد وقال بعضهم الاول يرجع على الثاني لانه ملكه باداء الضمان وما رضي ان يملكه الثاني من جهته بل من جهة غيره كمن اكره انسانا على هبة ماله وضمن المكره يرجع على الموهوب له لانه لم يرض ان يكون الهبة من ماله وقد صارت من ماله بعد الضمان فلم يكن راضيا بذلك فمقتضى هذا ان يرجع الاجنبي بما ضمن على الغاصب قوله فظهر انه كان متبرعا به ممنوع لانه لم يقصد التبرع بماله بل قصد ايصال اي اليه من مال غيره والان صار ماله بالضمان وتمامه في الجامع في باب اقرار للوارث من المريض قوله واذا قضى القاضي بالنفقة للولد والوالدين وذوي الارحام فمضت مدة سقطت وهو قول الشافعي وابن حنبل بخلاف الزوجة لان نفقة الزوجة فيها معنى العوض ونفقة هؤلاء صلة ولهذا لا تجب مع الغنى وانما تجب للحاجة ونفقة الزوجة تجب مع غناها وقد يجبر على الصلة كجبر الوارث على تنفيذ الصدقة والوصية بعد الموت وان كانت صلة وفي الذخيرة نفقة ما دون الشهر لا تسقط وفي الحاوي في الفتاوى نفقة الصغير تصير دينا بالقضاء دون غيره قال الا ان باذن القاضي في الاستدانة عليه فتصير دينا في ذمته فلا تسقط بمضي المدة وفي زكاة الجامع نفقة الاقارب والزوجات بعد القضاء للمطالبة

للمطالبه تسوي بعد القضا بين الاقارب والزوجات وبالاجماع ان نفقه الزوجات لا تسقط بعد القضا وفي الذخيره قال ذكر في نوادر زكاه الجامع ان نفقه المحارم تصير دينا بقضا القاضي واختلف المشايخ فيه قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع الجامع اذا استدان المقضي له بالنفقه وانفق من ذلك فكانت الحاجه قايمه لقيام الدين وموضوع غيره اذا انفق من غير الاستدانه عليه بل اكل من الصدقه والمسأله فلم تبق الحاجه بعد مضي المده واليه مال السرخسي في كتاب النكاح وقال بعض المشايخ ما ذكر في ساير الكتب ما اذا طالت المده اما لو قصرت تصير دينا لان القاضي مامور بالقضا فلو لم تصر دينا لم يكن للامر بالقضا بالنفقه معنى والفاصل بين المده الطويله والقصيره ذكرناه ثم قيل لا بد من الاذن بالاستدانه مع فرض القاضي ولهذا تؤخذ بعد موت الزوج من ماله على الصحيح ولا تؤخذ ذلك بعد موته بالقضا بدون الامر بالاستدانه وقيل قضا القاضي امر بالاستدانه

فصل قوله وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته وهو اجماع ويجبر عليه الا ان يبيعه اذا لم يكن له كسب ياكل منه ومثله الامه ولم يخالف فيه الا عامر الشعبي على ما تقدم وفي الذخيره يجبر على نفقه العبد والامه الزمنين وفي الكتاب يجبر على بيعهما يعني اذا امتنع من الانفاق عليهما ولم يكن لهما كسب والاصل في وجوب نفقه العبيد حديث ابي ذر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال هم اخوانكم

وخولكم جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يديه فليطعمه مما
ياكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فاعينوهم
اخرجاه في الصحيحين وعن عبد الله بن عمرو بن العاص انه عليه السلام
قال كفى بالمرء اثما ان يحبس عمن يملك قوته رواه مسلم وعنه عن
النبي عليه السلام قال كفى بالمرء اثما ان يضيع من يقوت اخرجه
مسلم وعن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال
للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل ما لا يطيق وفي لفظ
اخر الا ما يطيق رواه مسلم وعنه انه عليه السلام قال اذا اتى
احدكم خادمه بطعامه فان لم يجلسه معه فليناوله لقمة او لقمتين
او اكلة او اكلتين فانه ولي حره وعلاجه اخرجاه في الصحيحين
وعن انس بن مالك رضي الله عنه قال كانت عامة وصية رسول الله
صلى الله عليه وسلم حين حضرته الوفاه وهو يغرغر بنفسه الصلاه
وما ملكت ايمانكم رواه ابو داود وابن حنبل وابن ماجه وعن علي
رضي الله عنه قال كان اخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم
الصلاه الصلاه اتقوا الله فيما ملكت ايمانكم رواه ابو داود وابن
حنبل والمستحب ان يطعمه مما ياكل وحديث ابي ذر محمول على
الاستحباب وكذا كسوته تكون من غالب كسوة العبيد في ذلك
البلد ويحمل قوله عليه السلام وليلبسه مما يلبس على الاستحباب
ويزيد الجاريه التي للاستمتاع في الكسوة للعرف وقال ابن
شداد في احكامه قوله عليه السلام فليطعمه مما ياكل اخرجه
مخرج الغالب وكانت اطعمتهم متساويه في الغالب وكذا كسوتهم

والاكلة بضم الهمزة اللقمة وبفتحها المرة من الاكل وعن عبد الله بن
عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال العبد اذا
نصح سيده واحسن عبادة الله فله اجره مرتين رواه البخاري
وعن جرير انه عليه السلام قال اذا ابق العبد لم تقبل له صلاه
رواه مسلم وعنه عليه السلام قال ايما عبد ابق فقد برئت
منه الذمه وفي المغني ولا يجبر العبد على الضريبه يؤديها الى
مولاه فان اتفقا على ذلك جاز كالكتابه ولما روي عنه عليه السلام
ان طيبة الحجام حجمه واعطاه اجره وامر مواليه ان يخففوا عنه
وكان كثير من الصحابه يضربون على رقيقهم ضرايب يؤدونها اليهم
روي ان الزبير كان له الف مملوك على كل واحد منهم كل يوم درهم
وجا ابو لؤلؤة اللعين وكان نصرانيا الى امير المومنين عمر بن
الخطاب رضي الله عنه فسأله ان يسال مولاه المغيرة بن شعبة
ان يخفف عنه من خراجه اي ضريبته ولا يكلفه زايدا عن وسعه
وروي عن عثمان رضي الله عنه انه قال لا تكلفوا الصغير الكسب
فيسرق ولا تكلفوا المراه غير ذات الصنعه الكسب فتكسب بفرجها
ذكر ذلك كله في المغني وفي الذخيره ظاهر مذهب اصحابنا لا
يجبر الانسان على نفقه غير الرقيق والحيوانات وغيرها كالدور
والعقار والزروع والثمار سوا وفي ذوات الروح شي فيما بينه
وبين الله بالانفاق عليها والتحذير من عذابها ولا يفتى بالوجوب
في الدور والعقار والزروع والثمار الا انه يكره تضييع المال وعن
ابي يوسف يجبر في البهايم كالرقيق وهو قول الايمه الثلثه وعن

عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عذبت امراة
في هرة سجنتها حتى ماتت فدخلت فيها النار ولا هي اطعمتها وسقتها
اذ حبستها ولا هي تركتها تاكل من خشاش الارض اخرجاه في
الصحيحين وفي لفظ لمسلم عذبت امراة في هرة ربطتها ولم تطعمها
ولم تركها تاكل من خشاش الارض اخرجاه في الصحيحين وفي لفظ
لمسلم عذبت امراه في هرة ربطتها ولم تطعمها ولم تركها تاكل من
خشاش الارض وعن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال بينما رجل يمشي بطريق اشتد عليه العطش فوجد بيرا فنزل
فيها فشرب ثم خرج فاذا كلب يلهث ياكل الثرى من العطش فقال
الرجل لقد بلغ هذا الكلب من العطش مثل الذي بلغ مني فنزل البير
فملا خفه ماء ثم امسكه بفيه حتى رقي فسقى الكلب فشكر الله
له ذلك فغفر له فقالوا يا رسول الله وان لنا في البهايم لاجرا
فقال في كل كبد حرة اجر اخرجاه وعن ابي هريرة بينما كلب يطيف
بركية قد كاد يقتله العطش اذ راته بغي من بغايا بني اسرايل
فنزعت موقها فاستقت له به فسقته فغفر لها به اخرجاه والفرق
على الظاهر بين الرقيق وساير الحيوانات ان الرقيق من اهل
الاستحقاق ويتحقق منهم طلب الحق فيقضي القاضي على الممتنع والحجر
فيه معنى القضا ولا كذلك الدواب وقد ذكرنا قبل هذا الفرق
بين الزوجه والامه فلا نعيده وقال ـــ ابن حزم في المحلي
ينفق الرجل والمراه على مماليكهما وآدامهما مما ياكل اهل بلدهم ويشبعهم
ويكسوهم مما يطرد الحر والبرد ولا يكون فيه مثله بين الناس وفرض

عليه مع ذلك ان يطعمه مما ياكل ولو لقمة وان يكسوه مما يلبس ولو
في العيد ويجبر السيد على ذلك وخلط تخليطا كثيرا وقوله مما ياكل
اهل بلده لم يذكر في الحديث وهو لا يقول بالقياس والدليل العقلي
وقوله وان يكسوه مما يلبس ولو في العيد ليس ذلك في الحديث
بل ظاهر الحديث يقتضي ان يلبسه دايما مما يلبسه هو وقد ذكرنا
وجهه وقوله فرض عليه ان يطعمه مما ياكل ولو لقمة في حق كل عبد
وامه جهل منه والامر باللقمة او اللقمتين انما ورد في الخادم الذي
يحمل الطعام اليه وعلله عليه السلام بانه ولي حره وعلاجه يعني انه
طبخه وحمله اليه ولم يكن هذا الامر في كل عبد ولا في كل امه فالعبد
الذي يتولى الاعمال الخارجة عن حضرة سيده ولا يراه كيف يفرض
عليه ان يطعمه لقمة وكذا الامة التي لا يراها سيدها وكذا عبيد المراه
واماوها ولم يرد به سنة ولا قياس صحيح ولا فاسد مع انه ظاهري
لا يقول بالقياس وقد خالف الاجماع بايجاب اطعام لقمة لكل مملوك
ومملوكه على السيد والسيده وله تخليط طويل غث وكفى من
بيان سقوطه ما ذكرته ونسال الله العافيه والسلامة من الهوس
والمرور والمتهم ثم قال ـــ ابن حزم هذا ويجبر على سقي نخله وزرعه
ونحو ذلك واستدل عليه بقوله تعالى واذا تولى سعى في الارض
ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل وهذا جهل محض لا يليق بمن
له فهم ولا بمن هو ظاهري لا تعقل له واي افساد صدر ممن لا صنع
منه بترك فيها ظاهريته اذ لا ظاهر معه ومن يحبس الانسان
ويعاقبه لاجل حق نفسه فهو اضل من الانعام وكذا يجبر على زرع ارضه

عندهم ولم يقله احد قبلهم وما ذكرت ذلك الا لاجل سيل لسانه على
السلف وهل يضر السحاب نباح الكلاب وفي الذخيرة رجل له
عبد او مدبر او امة او مدبرة او ام ولد يجبر على نفقتهم فان ابى
فكل من يصلح للاجارة يواجر وينفق عليه من اجرته ومن لا منفعة
له لعذر صغر او زمانة وما اشبه ذلك ففي العبد والامة يجبر
على بيعهما وفي المدبر والمدبرة وام الولد يجبر على الانفاق عليهم وفي
المكاتب والمكاتبة لا يجبر على نفقتهما لالتحاقهما بالاحرار
عبد في يد رجلين يتنازعانه يجبران على نفقته لان الظاهر
انه ملكهما وفي الدابة لا يجبران ولو كانت الدابة من رجلين
طلب من القاضي ان يامره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا فالقاضي
يقول للآبي اما ان تبيع نصيبك منها او تنفق عليها هكذا عن
الخصاف وذكر السرخسي انه لا يجبر عبد صغير في يد رجل
فقال لغيره هذا عبدك وديعة عندي فانكر يستحلف بالله ما
اودعه ويقضي بنفقته على ذي اليد لانه اقر برقه ولم يثبت لغيره
فيبقى على حكم ملكه ولو كان كبيرا لم يستحلف لانه في يد نفسه
والقول له في الرق والحرية والنفقة تجب على من له المنفعة مالكا
كان او غير مالك مثاله اوصى بجارية لانسان وبما في بطنها
لآخر فالنفقة على الموصى له بالجارية ولو اوصى بدار لانسان
وبسكناها لآخر وهي تخرج من الثلث فالنفقة على صاحب السكنى
لان المنفعة له فان قال صاحب السكنى قبل قبضها وقد انهدمت
الدار انا ابنيها واسكنها كان له ذلك ولا يصير متبرعا لانه مضطر

فيه لانه لا يصل الى حقه الا به فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل
اذا انهدم السفل فامتنع صاحبه من بنائه فبناه صاحب العلو
لا يصير متبرعا وكذا لو اوصى لانسان بنخيله ولآخر بثمرها فالنفقة
على صاحب الثمرة وفي التبن والحنطة ان بقي من ثلث ماله شيء فالتخليص
في ذلك المال وان لم يبق شيء فالتخليص عليهما لان المنفعة لهما
وفي السمسم اذا اوصى بدهنه لواحد وكسبه لآخر فالاجر على
صاحب الدهن والفرق ان الدهن خفي لا يظهر فالحاجة الى
اظهاره والكسب ظاهر فكان تبعا للدهن وعن محمد ان رجلا
ذبح شاة فاوصى بلحمها لواحد وبجلدها لآخر فالتخليص عليهما
كالحنطة والتبن وقبل الذبح اجر الذبح على صاحب اللحم دون
الجلد لانه هو الذي ينتفع بالذبح وفي شرح التكملة يؤمر مالك
البهائم بالانفاق عليها من العلف وما يقوم نفسها به ولا يجبر على
بيعها وروي انهم يجبرون على بيعها وفي قنية المنية ينبغي ان تجب
نفقة المبيع قبل قبضه على المشتري ويكون تابعا للملك كالمرهون
والصحيح ان نفقته على البائع ما دام في يده ن

كتاب العتاق

وفي طلبة
الطلبة العتق والرق من ضرب وحقيقته القوة وعتاق
الطير جوارحها وكواسبها لقوتها وعتق الفرخ اذا قوي وطار
من وكره والعتيق الجميل فكانه نال جمال الحرية وقيل هو من العتق
الذي هو الكرم وفي مشارق الانوار من البارع عتق المملوك
عتقا وعتاقة بالفتح فيهما وعتاقا ايضا بالفتح والاسم العتق

بالكسر ولا يقال عُتق وانما هو أُعتق اذا اعتقه سيده والذهب
العُتُق بضم العين والتاء جمع عتيق كنذير ونذر وهو القديم
وعند بعض شيوخ الموطا عتق بفتح التاء وشدها والاول اصوب
قلت بل الثاني خطا قاله المطرزي لان العُتَّق جمع عاتق
كجاهل وجُهَّل وقد جا عتيق وعاتق في العتق وفي البارع العاتق
التي لم تبن عن اهلها وقال ابو زيد هي التي ادركت ولم تعنس
وقال ثعلب هي التي لم تزوج بعد اي عتقت عن خدمة ابويها
ولم يملك بنكاح وقال الاصمعي هي فوق المعصر وقال
ثابت هي البكر التي لم تبن الى الزوج وقال الخليل هي الشابة
وقال غيره هي التي اشرفت على البلوغ والبيت العتيق لعتقه
من الجبابرة اي من تجبرهم فيه فلا يدخله احد منهم ويصل اليه
الا ذل عنده وقيل اعتق منهم فلا يدعي جبار انه له وقيل عتق
من الغرق وقيل لقدمه وهو الاظهر وسمي ابو بكر عتيقا لجماله
وقيل لقدمه في الخير وقيل لعتقه من النار وقيل قالت امه
لما وضعته هذا عتيقك من الموت فهبه لي وكانت لا يعيش لها
ولد وقيل لشرفه وقيل كان ذلك اسمه العلم له وفي الصحاح
العتق الحرية وكذا العتاق بفتح العين والعبد عتيق اي معتق
وعاتق ومولى عتيق ومولاه عتيقه وعتقت فرس فلان
اي سبقت فنجت وعتق الشيء بضم التاء عتاقة مثل كرم كرامة
اذا قدم وعتقت عليه يمين اي قدمت ووجبت كانه حفظها
فلم يحنث فيها وفرس عتيق والجمع عتاق والعتاق النجابة وانما

قيل

قيل قنطرة معتقة بالهاء وقنطرة جديدة بغيرها لان الاولى بمعنى الفاعلة والثانية
بمعنى المفعولة وفي المغرب العتق الخروج من المملوكية وقد تقام العتق مقام
الاعتاق ومنه قول محمد انت طالق مع عتق مولاك اياك وعتاق الخيل
والطير كرائمها ومدار التركيب على القدم وفي المبسوط الاعتاق
لغة احداث القوة وفي المحيط العتق القوة وقيل التخليص ومنه البيت
العتيق وفي المغني العتق الخلوص ومنه البيت العتيق والتحرير اثبات
الحرية وهي مصدر الحر والحرار بالفتح وقد حر حرارا اي صار حرا من علم
وحقيقتها الخلوص وحر البقول ما يؤكل غير مطبوخ وقوله تعالى فتحرير
رقبة وقوله فك رقبة خصت بذلك لان ملك السيد عنده بمنزلة الغل
في رقبته وقالوا في جمع حرة حرائر على غير قياس وقيل هي جمع حريرة بمعنى حرة
وهو غريب ذكر ذلك الصيمري تلميذ ابي سعيد السيرافي في التبصرة قوله
الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عليه السلام من اعتق رقبة مسلمة
اعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار حتى فرجه بفرجه متفق عليه من حديث
ابي هريرة وفي المغني قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اعتق رقبة مؤمنة
اعتق الله بكل ارب منها اربا منه من النار حتى انه ليعتق اليد باليد والرجل
بالرجل والفرج بالفرج قال ابن قدامة متفق عليه وعن ابي امامة عن النبي
عليه السلام قال ايما امرئ مسلم اعتق امرأ مسلما كان فكاكه من النار

يجرى كل عضو منه عضوا منه وايما امرئ مسلم اعتق امراتين مسلمين كانا فكا كهُ
من النار يجرى كل عضو منهما عضوا منهُ رواه الترمذي وصححهُ ولابى داود وابن حنبل
بمعناه وزاد ابو داود فيه وايما امراةٍ مسلمةٍ اعتقت امراةً مسلمةً كانت فكاكها
من النار يجرى كل عضو من اعضايها عضوا من اعضايها واعتاق الرجل
افضل من اعتاق المراةِ ولهذا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتاق امراتين
كاعتاق رجلٍ ودية المراة نصف دية الرجل وقولـه حتى الفرج بالفرج
ذكره البخاري في كتاب النذور ويبغى ان لا يكون العبد اشل ولا اعور ولا اصم
وغير ذلك لينال بذلك ما وعد في الحديث وثبت في الحديث انه عليه السلام
قال افضلها اغلاها ثمنا ضبطه ابو الحسن بعين مهمله وابو ذر بغين معجمة
ولو كان ثمن اليهودي او النصراني اكثر ثمنا من العبد المسلم فاعتاق اليهودي
او النصراني افضل من المسلم عند ملك لظاهر الحديث وقال اصبغ اعتاق المسلم
افضل وهو الحق يدل عليه قوله عليه السلام ايما رجل اعتق مسلما وقال عبد الملك اغلاها
ثمنا في دين ولو غلب على ظنه انه لو اعتقه يذهب الى دار الحرب ويرتد
او يخاف منه السرقه او قطع الطريق كان اعتاقه محرما ويفسد عتقه ذكره في المغني
فصل العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه بشرط الحرية لان العتق لا يصح
نافذا الا في الملك ولا ملك للمولى فصل هذا قول اصحابنا وهو قول
ابن مسعود وابي ايوب وانس وبه قال قتادة والحكم وحماد وعثمان بن سليمان البتي

والثوري

والثوري وداود بن ابي هند وحميد والشافعي وابن حنبل وقال
الحسن وعطا والشعبي والنخعي وملك واهل المدينة العبد ماله له
وبه قالت الظاهرية حتى لو اعتقه السيد كان مال العبد للعبد
عندهم وعندنا للسيد لهم ما روي عن ابن عمر عن النبي عليه
السلام انه قال من اعتق عبدًا وله مال فالمال للعبد رواه ابن
حنبل وكان ابن عمر اذا اعتق عبدا لم يتعرض لماله وللجمهور
ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال لغلامه يا عمير اني
اريد ان اعتقك عتقا هنيا فاخبرني بمالك فاني سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول ايما رجل اعتق عبده او غلامه فلم يخبره
بماله فماله لسيده رواه الاثرم ويدل عليه قوله عليه السلام
من باع عبدًا وله مال فماله للبايع الا ان يشترطه المبتاع ولو
كان ماله له لم يكن للبايع وحديث ابن عمر ضعيف قاله احمد وهذا
لم يعمل به وعمل بحديث ابن مسعود وقال ابو الوليد هذا الحديث
خطا وفعل ابن عمر من باب الفضل وقالت الظاهرية ان انتزعه
السيد قبل عتقه او اشترطه فله والا فللعبد واحتج بما رواه
ابن ابي شيبه قال حدثنا غندر عن هشام عن ابي الزبير عن عبد الله
ابن ابي مليكه ان عايشه ام المومنين افتت بذلك فلت
قال في المحلى نحن لا نستحل رواية ابي الزبير اذا قال عن فلان ولا
يحتج في دين الله بقول غير رسول الله وقد احتج هنا بها وهذا
هو التلاعب بالدين ثم ان كان المال للعبد فلا يحل انتزاعه من يده
وان كان للسيد فلا يكون المال بعد عتقه له قهرا ثم قال ابن حزم

عن المالكيه انهم قالوا اخطا ضمره في حديثه عن سفيان بن ملك
اذا ملك ذا رحم محرمة فهو حر ولم يلتفتوا الى قول اهل الحديث اخطا
عبد الله في حديث ابن عمر قال فهل في التلاعب بالدين اكثر من هذا
العمل ونسال الله العافيه قال واما الشافعيون فردوا
الخبرين معا واخذوا بالخطا الذي لا شك فيه واما البلوغ
والعقل فلا خلاف فيهما فيما نعلم حتى لو قال البالغ اعتقته وانا
صبي فالقول قوله ولا يعتق وكذا لو قال اعتقته وانا مجنون
وكان جنونه معهودا لانه اسنده الى حالة معهودة منافيه
للعتق واصله الخبر الثابت رفع القلم عن ثلثه الحديث وكذا
لو قال الصبي كل مملوك املكه حر اذا احتلمت لان المعلق بالشرط
كالملفوظ عند وجوده بالاهليه السابقه ولم يكن اهلا للاعتاق
عند التعليق وكذا لو علق المجنون العتق ثم وجد الشرط وهو عاقل
لا يقع بخلاف ما لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر وكان عاقلا
عند التعليق ووجد الشرط وهو مجنون يعتق لصحة التعليق ولو
قال ان جننت فانت حر لا يعتق اذا جن ولا بد ان يكون العبد في
ملكه وقت اعتاقه وهو قول الجمهور من اهل العلم وقال
ملك لو اعتق الاب عبد ابنه الصغير عتق ولا يعتق عبد ابنه الكبير
ولم يوافق عليه قال ابن حزم هذا في غاية الفساد اذ لا دليل
عليه من قران ولا من سنه ولانه تبرع بماله فلا يجوز كالكبير
وتعلق بقوله عليه السلام انت ومالك لابيك وبطل بالكبير
وقال ابن المنذر لما ورثه الله من مال ابنه السدس مع ولد

ولده دل على انه لا ملك له في مال ولده والمراد بالحديث المبالغه
في وجوب حقه عليه ولهذا لو استولد جاريه ولده تجب عليه قيمتها
فدل على انه اجنبي عن املاك ولده ولان المقصود من ولاية الاب
عليه حفظ ماله لعجزه عن حفظه بنفسه وعن النظر فيه وذلك يمنع
تضييع ماله والتبرع به وقال ابن ابي ليلى من اعتق عبد غيره نفذ
عتقه وغرم قيمته واعتبره بالسرايه ذكره في النهايه وقوله حتى
لو اعتق عبد غيره لا يصح اي لا ينفذ والا فاعتاقه ملك غيره
يصح وينفذ باجازة مالكه قوله واذا قال لعبده
او امته انت حر او معتق او عتيق فانه يقال هذا العبد عتيق
فلان وان قال هذا عتيق او قال محررا او قد حررتك او اعتقتك
فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ صريحة في العتق
وهذا مما لا خلاف فيه وفي المحيط والبدائع والينابيع وغيرها
الاعتاق على اقسام ثلثه قربه ومباح ومعصية فالقربه هي
العتق لوجه الله تعالى والعتق في الكفاره والمباح هو العتق لزيد
او عمرو ونحوهما والاعتاق من غير نيه والمعصيه الاعتاق لوجه
الشيطان او للصنم وعند الظاهريه لا يعتق في هذا الوجه الثالث
وقوله لوجه الله معناه لرضا الله وقيل لله كقوله كل شي هالك
الا وجهه اي الا الله والالفاظ التي يرد بها العتق ثلثه صريح
وقد ذكرنا بعضه وباقيه ياتي وملحق بالصريح وكنايه والملحق
بالصريح قوله وهبت لك نفسك او وهبت منك نفسك او
بعت منك نفسك يعتق من غير نيه ولا قبول قال في الينابيع

ذكره في شرح الكرخي والايضاح وكذا في المبسوط والمحيط والذخيرة
وفيه او رده وفي المبسوط لا يرتد برده وذكر هبة الرقبة في موضع
اخر وقال لا يعتق والاول اصح لان الهبة والبيع من العبد اسقاط
للملك فلا تشترط القبول وهي كناية عند مالك وفي نوادر هشام
عن محمد في رجل قال لعبده بعني نفسي فقال قد فعلت عتق وسعى
في قيمته وقوله وهبت لك نفسك جعل في الطلاق كناية ولم
يلحق بالصريح والكنايات سنذكرها ان شاء الله تعالى وما لا
يصلح للعتق لا يعتق به وان نوى وشذ مالك وقال يعتق به وان
لم يعتق بمجرد النية حتى لو قال الما لا تعذى ونوى به العتق
عتق وفي الطلاق كذلك قلنا النية لتمييز العتق من غيره
ولبيان احد المعنيين من اللفظ المشترك فاذا لم يحتمل اللفظ العتق
ولا الطلاق فارادته من ذلك لغو فلا اصل لهذا القول وان قال
عنيت به الاخبار الباطل او اردت انه حر من العمل صدق ديانة
لاحتماله لا قضاء لانه خلاف الظاهر وكذا لو قال انت حر من
العمل اليوم عتق في القضاء وان باعه من نفسه بثمن معلوم بشرط
قبوله لاجل الثمن وان قال اردت انه كان حرا في وقت ما وكان
العبد من السبي يدين وان كان مولدا لم يدين وفي المحيط له عبد
واحد قال اعتقت عبدي عتق ولو قال بعتك عبدي لم يصح للجهالة
وان قال لعبده انت عتيق فلان او مولى فلان عتق لانه اقر بحريته
وهو مالكه ولو قال اعتقك فلان لا يعتق لانه اضاف الفعل
الى من ليس بمالك فلا يقع قال اكن يجوز ان يقال العتق فيه

لان الاخبار عن انشاء العتق من فلان اخبار بحريته ضرورة قلت
انما يكون الاخبار عن انشاء العتق من فلان اخبارا بحريته ضرورة
اذا كان فلان عند انشائه مالكا له ولا دلالة على ذلك بل الحال
دل على عدمه ولانه يحتمل ان يكون مراده اعتقك فلان الان او في
ملكي فلا يعتق بالشك وفي الذخيرة في العتق والتحرير يعتق
بغير نية سواء ذكرها على سبيل الاخبار نحو ان يقول اعتقتك وحررتك
او الصفة نحو انت حر وعتيق وفي المحيط او الاخبار والصفة كقوله
انت حر او الاشارة نحو هذا حر وهذا عتيق او النداء نحو يا حر
على ما ياتي بعد هذا وقوله او الصفة كقوله انت حر وعتيق وحر
وعتيق خبران عن انت والمضمر لا يوصف وعند الكوفيين ان
جاز وصفه لا يجوز هنا لانه يبقى بلا خبر ومراده بالوصف الخبر
فان قوله حر ذات قام بها الحرية وهي وصف ثم قال محمد في
الاصل اذا قال انت حر لوجه الله عتق ولو ذكر وجه الله ليس
بشرط للعتق لان محمدا رحمه الله قال في الكتاب لو قال انت حر لوجه
الشيطان يعتق ولو قال انت عتيق السن لم يعتق وان قال
انت حر النفس يعني به في اخلاقك عتق قضاء وان قال في
اخلاقك وافعالك لا يعتق ولو قال انت لله او لوجه الله
لا يعتق هكذا رواه محمد عن ابي حنيفة وقال اما انا فاني ارى ان
يعتق اذا اراد به الحرية وعند ابي يوسف يعتق بالنية وهو
قول ابن المسيب والشعبي وحماد والشافعي وابن حنبل وعن
ابن حنبل انه صريح وهو بعيد والظاهر قول محمد وفي المنهاج

صريحه بتحرير واعتاق وكذا فك رقبه في الاصح وهو قول ملك قلت هذا خلاف قوله عليه السلام فانه قال فك الرقبه ان تعين في عتقها جوابا لمن قال اليسرها واحدا ولو قال لعبده يا عبد الله او قال هذا عبد الله لم يعتق لانه صادق فيه والناس كلهم عبيد الله وفي المرغيناني قال لعبده اعتقك الله يعتق وقيل يعتق بالنيه والمختار الاول ولو قال العتاق عليك يعتق وان قال عتقك علي واجب لا يعتق بخلاف الطلاق والعتق ان العتق قد يكون واجبا بلا وقوع بالنذر والكفاره والوصية والطلاق وجوبه بوقوعه ولو قال يصبح حرا هو عتق مضاف الى الغد وان قال يقوم حرا او يقعد حرا يعتق في الحال ولو قال يا حر يا عتيق يعتق على ما نقرره بعد هذا وهو اجماع الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر وقد علم ذلك لان مراده استحضاره باسم علمه وهو ما سماه به ولو ناداه يا ازاد وقد سماه بالحر او سماه بازاد وناداه يا حر فالوا يعتق لانه ليس بندا باسم العلم فيصير اخبارا عن الوصف اعلم ان قوله يا حر لعبده ليس اخبارا عنه بالوصف بل هو انشا للحريه فيه اذا لم يكن ذلك علما له وقد اصطلح النحاه في قولهم يا زيد ان معناه ادعوك او اناديك وكذا في قولهم ما احسن زيدا اي شي جعله حسنا لان الندا والتعجب انشا فلا يصح ان يفسر الانشا بالخبر ولان شيا عرمنهم والتعجب انما يكون مما استبهم ولم يعرف سببه هكذا ذكره الصيمري في التبصره والنحويون يقولون ما خفي سببه وفاق نظراه والمعني قريب وتكلموا في قولهم ما اعظم الله منهم من منع من ذلك في حق الله تعالى ومنهم من جوزه واختلفوا في التقدير قيل تقديره شي ما اعظم الله وذلك الشي عباده الذين يعظمونه ويعبدونه ويجوز ان يكون ذلك الشي هو ما يستدل به على عظمته من بدايع خلقه ويجوز ان يكون فيه حذف مضاف تقديره ما اعظم قدرة الله وعلم الله ويجوز ان يكون ذلك الشي هو الله تعالى فيكون لنفسه عظيما لا لشي اخر جعله عظيما ومثله في كلام العرب مستعمل قال

نفس عصام سودت عصاما وعلمته الكر والاقداما
وجعلته سيدا هماما

ويقال عصامي وعظامي فالعصامي هو الذي يفتخر بفضل نفسه والعظامي هو الذي يفتخر بالعظام النخره من الابا والاجداد الموتى وكذا لو قال راسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر يعتق وفي المنتقى قال لعبده ذكرك حر يعتق ولو قال لعبده فرجك حر قيل يعتق كالامه وعن محمد لا يعتق لان فرجه لا يعبر به عن جميع البدن ولو قال لامته فرجك حر من الجماع عتقت وفي المحيط لو قال ذكرك حر او استك حر او قال لامته ذكر ابن سماعه انه يعتق عند محمد كالفرج وقيل لا يعتق وهو الاصح لعدم الاستعمال في التعبير بها عن الكل ومثله حرك واصله حرح حذفت الحا الاخيره على غير قياس ولو قال عنقك حر قيل يعتق كالرقبه وقيل لا يعتق كالدبر لانه لا يعبر به عن جميع البدن قلت

هو مستعمل فيه كقوله تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين ولو قال
لسانك حر يعتق وفي الدم روايتان وفي اليد والرجل لا يعتق عندنا
وعند الايمه الثلثه يعتق ومرت المسله في الطلاق ولو قال
اعتقت سنك او ظفرك او شعرك لا يعتق عند الايمة الاربعة
وقال قتاده والليث لو اعتق ظفر عبده عتق والزموها بالشعر
والريق وفي الجزء الشايع كالنصف والثلث والسدس والعشر ونحوها
يعتق بالاجماع وقد تقدمت المسله في الطلاق ولو قال لعبده
هذا حر يريد به انه عفيف كريم الاخلاق يعتق عندنا ولا يصدق في
القضا وعند ابن حنبل لا يعتق ذكره في المغني ولو قال ما انت
الا حر تريد انك لا تطيعني ولا ترى لي عليك حقا ولا طاعة يعتق
عندنا في القضا وعند ابن حنبل لا يعتق على المذهب قوله
ولو قال لا ملك لي عليك يعتق بالنيه قال لانه يحتمل انه اراد
لا ملك لي عليك لاني بعتك فلا يعتق بالشك ويزول الاحتمال
بالنيه واجود من هذا التعليل انه يحتمل لا ملك لي عليه انه لا
يطيعه ولا يرى له عليه حقا لعفرته ودعارته ويكون من باب
التشبيه او الاستعاره لان احتمال البيع بطل عند فرض عدمه
ومثله في المنهاج للنووي وفي المغني ونص ابن حنبل انه صريح وكذا
لا رق لي عليك وقيل روايتان فيهما وكذا كنايات العتق
مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك
وقد خليت سبيلك وفي المنهاج لا سبيل لي عليك لا خدمه
لي عليك انت سايبه كنايه وكذا عند ابن حنبل وهو الصحيح

وكذا لو قال لامته انت مطلقه او قد اطلقتك لانه بمنزلة
قوله خليت سبيلك وهو المروي عن ابي يوسف بخلاف قوله طلقتك
على ما نبين ان شا الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك لا
يعتق وان نوى لان السلطنه عبارة عن اليد وانما سمي الرجل
سلطانا لقيام يده على الرعيه وثبوت حكمه فيهم قال ابو بكر
الرازي خرج الشيخ ابو الحسن الكرخي من الدنيا والفرق بين
السبيل والسلطان مشكل عليه والفرق ان السلطنه اذا كانت
عبارة عن اليد لا يلزم من انتفا اليد انتفا السبيل فان المولى
لا يد له على مكاتبه ولا على ما في يده وله سبيل عليه اذ السبيل
هي الطريق ويثبت الطريق بادنى شي بخلاف اليد وقول صاحب
الكتاب لان السلطان عبارة عن اليد غير جايز على ظاهره بل هو
عبارة عن صاحب اليد والسلطنه اليد ووجه اخر ان
السلطان اسم مشترك بين الحجه واليد ونفي احدهما لا يستدعي
نفي الاخر ونفي كل واحد منهما لا يستدعي نفي الملك ونفي السبيل
يستدعي نفي الملك فاذا نفي الملك ونوى به العتق يعتق وكذا
اذا نفي السبيل وتوضيحه ان العتق في نفي السبيل محتمل وفي نفي
السلطان محتمل المحتمل فاعتبر الاول دون الثاني وبيانه ان نفيه
يحتمل نفي الحجه ويحتمل نفي اليد ثم نفي اليد يحتمل نفي الملك ويحتمل
غيره بخلاف نفي السبيل على ما قلنا وفي المحيط لان السلطنه
عبارة عن القهر والغلبه والحجه وذلك باليد لا بالملك فكانه
قال لا يد لي عليك ونوى العتق فانه لا يعتق وعند الايمه الثلثه

يعتق به بالنية لجعلوه من الكنايات وليس ببعيد ولو قال لا حق
لي عليك ونوى به الحرية عتق ذكره فيه وعزاه الى ابي حنيفة ومحمد
والحق الملك حتى لو قال لفلان حق في هذا الحجر على تعيينه وفي
جوامع الفقه لا يعتق وان نوى كقوله اذهب حيث شئت وفي
انت عتاق انت حرية تعتبر النية ولو قال لا سبيل لي عليك
الا سبيل الولاء يعتق في القضاء وفي قوله الا سبيل الموالاة
دين في القضاء لانه يراد به الموالاة في الدين وفي الينابيع لا سلطان
لي عليك ونوى العتق لا يعتق وقيل يعتق وفي التحفة وغيرها لو
قال لعبده اذهب حيث شئت او قال توجه حيث شئت من
البلاد ونوى به الحرية لا يعتق كقوله لا سلطان لي عليك وفي المغني
اذهب حيث شئت كناية ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق
اذا كان يولد مثله لمثله ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه
منه لان له ولاية الدعوة بالملك والعبد محتاج الى ثبوت نسبه
واذا ثبت عتق كما لو اشترى ابنه المعروف وان كان له نسب معروف
لم يثبت نسبه منه لتعذره واستغنائه عنه ويعتق في
الوجهين اعمالا للفظ في مجازه في المسئلة الثانية على ما يأتي بيانه
وفي الينابيع الثبوت على اقرار ليس بلازم حتى لو قال اوهمت
او اخطأت لم يصدق وان قال قلت ذلك بطريق الكرامة
يصدق ولا يعتق هكذا ذكره في اللباب وفي جوامع الفقه
وثبت على ذلك راجع الى النسب دون العتق لان الرجوع عن العتق
لا يصح ويصح عن النسب وقيل معناه وثبت النسب على موجب

اقرار يحترز به عما اذا كان لا يولد مثله لمثله ولو قال هذا
مولاي او يا مولاي عتق بغير نية وعند الائمة الثلثة كناية قال
اما الاول فلان المولى وان كان بمعنى الناصر كقوله تعالى ذلك بان
الله مولى الذين امنوا وان الكافرين لا مولى لهم وابن العم كقوله تعالى
حكاية عن زكريا واني خفت الموالي من ورائي اي اولاد الاعمام
والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين
الاسفل وزالت مزاحمة غيره فصار كاسم خاص له فكان ملحقا بالصريح
بيانه ان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة فانتفت ارادة الناصر
وللعبد نسب معروف وان كان مجهولا فانتفى الثاني وهو كونه
ابن عمه والثالث مجاز ولهذا لو اوصى لمولاه وله معتق ومولى
موالاة لا يدخل مولى الموالاة في الوصية والعبد لا يملك شيا
حتى يصير معتقا وحر الاصل لا يعتق فتعين ما ذكره تنقيح
المناط اعلم ان اسم المولى يطلق على ثلثة وعشرين معنى
الخمسة المذكورة والرب والمالك والسيد والمنعم والمنعم عليه
بغير اعتاق والعبد والمحب والتابع والجار والحليف والصهر
والعقيل ذكر ذلك ابن الاثير وغيره والموضع الذي يكون الحرب
فيه كقوله مولى المخافة خلفها وامامها والولي والوارث
وابن الاخت والشريك والمسلط في مجمع البحرين لكن المعاني
المعينة لا يعرفها كل احد ولا يخطر بالبال سيد العبد فلا اعتبار
بها فتعين ما ذكره صاحب الكتاب ويرد عليه ما لو قال لا ملك
لي عليك على علة الكتاب انه يحتمل البيع فاذا لم يوجد البيع سابقا

وجاز ان يعين العتق بلا نية كما في هذه المسألة لان هذا الكلام بحسب
الشرع يكون انشاء وله ان يفسره بالعتق وعدمه بان يقول لا املك
لي عليك لاني اعتقتك او لاني بعتك من فلان او ملكتك منه
فلا بد من النية لتعين المراد بخلاف قوله هذا مولاي لان الداخل
في امكانه بحسب الانشاء ليس الا كونه معتقا من جهته فتعين
مرادا وكذا اذا قال لامته هذه مولاته او يا مولاتي لما بينا
وان قال عنيت غير ذلك مما يحتمله لفظه ولا يعتق به صدق ديانة
لا قضاء لمخالفته الظاهر وفيه تخفيف واما الثاني فلانه لما
تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق
كما لو قال يا حر يا عتيق وقال زفر لا يعتق فيه وفي المبسوط
والبدائع يفتقر عند زفر الى النية فيه لانه يقصد به الاكرام
بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي وقد ذكرنا وجهه بخلاف ما ذكر
لانه لا يختص بالعتق ولا هو حقيقة فيه عن المولى فكان اكراما
محضا وفي الواقعات قال يا سيدي او يا سيد ان نوى العتق
عتق وان لم ينو قيل يعتق وقيل لا يعتق وقيل يعتق في قوله
يا سيدي ولا يعتق في قوله يا سيد والمختار انه لا يعتق
وفي الحاوي قال الحسن بن ابي مطيع يعتق في يا سيدي
ولا يعتق في يا سيد وقال نصير لا يعتق فيهما الا بالنية وفي
النهاية قال القاضي لا يعتق بالنية قال والذي اراه كانه
وان قال يا ابني ويا اخي لم يعتق وفي المحيط لا يعتق بالنداء
الا في خمسة الفاظ في رواية الحسن عن ابي حنيفة يا ابني يا ابنتي

يا عتيق يا حر يا مولاي وذكر محمد في النوادر لا يعتق بالنداء الا في ثلثة
الفاظ يا عتيق يا حر يا مولاي وهذا هو المذكور في الكتاب ووجهه
ان النداء لاعلام المنادى واستحضاره هذا هو الاصل ولهذا بني
المنادى المفرد قال النحويون انما بني لوقوعه موقع كاف الخطاب
في ادعوك او اناديك ومنعه ابن مالك وقال انما بني لوقوعه
موضع اياك لانه سمع ولم يسمع ياك والثاني لو كان بناؤه لوقوعه
موقع الكاف ولشبهها بها لم يعرب المستغاث به والمتعجب
منه لان اللام الداخلة عليهما هي تدخل على الكاف ويقوي كونه
واقعا موقع اياك انه لما دخلت اللام على المستغاث به وهي
يلحق اياك زال الشبه باياك فاعرب لذلك وان ناداه بوصف
فلا يخلو اما ان يمكن اثباته من جهته او لا فان امكن كان لتحقيق
ذلك الوصف فيه فيكون منادى بذلك الوصف كقولك يا حر
يا عتيق يا طالق وان لم يمكن اثباته من جهته وقت النداء فلا
يخلو اما ان يتعلق به حد او تعزير ام لا فان تعلق به ذلك يجب
عليه لتعلقه بالتهمة وان لم يتعلق به شيء من ذلك كان
لاستحضار المنادى واثباته لا غير والبنوة والاخوة لا يمكن
اثباتهما من جهته حالة النداء ولا يتعلق به حد ولا تعزير
فكان لمجرد الاستحضار بخلاف يا زانية يا سارقة فانه يجب
الحد والتعزير فيه وفي جوامع الفقه عن محمد قال يا حر اسقي
وهو عند الغير ثم اشتراه يعتق وهذا نقض للقاعدة فانه لا يمكن
اثبات الوصف من جهته وقت النداء فينبغي ان يلغو كما لو قال يا ابني

وكذا الندا انشا وليس بخبر واثبات الحريه في عقد الغير لا يصح ولهذا
لو قال اعتقتك قبل ان اشتريك لا يعتق وقوله ويروى عن
ابي حنيفه شاذا انه يعتق فيهما اي في يا ابني ويا اخي وهي روايه
الحسن عنه والقياس روايه النوادر وهو الظاهر الا ان نوى
ذكره في التحفه ولو قال يا ابن لا يعتق لانه ابن ابيه وكذا لو
قال يا بني او يا بنية لانه تصغير الابن والابنه من غير اضافه
الى نفسه وهي يا الضمير قوله واذا قال لغلام لا
يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عليه عند ابي حنيفه بغير نيه ذكره
في اصول البزدوي والمنافع وخرجه ابو الخطاب وجها للحنابله
وعند الجمهور لا يعتق وان نوى وعند ملك يعتق بالنيه لابي يوسف
ومحمد ان الحقيقه محال فلا يصار الى المجاز لانه خلف عن الحقيقه
في حكمها وشرط استعمال المجاز تصور الحقيقه فيلغو كما لو قال
لعبده اعتقتك قبل ان اخلق او تخلق بخلاف قوله لامسن السما
لانه يصلح منعقدا للايجاب ما هو الاصل وهو البر من حيث ان
السما غير ممسوسه فانعقد لايجاب خلفه وهو الكفاره ولهذا
لو قال لغيره قطعت يدك خطا او فقات عينك خطا ولم يكن
هناك قطع ولا فقا حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالارش
والتزامه وفي الذخيره احتج محمد على ابي حنيفه بمن قال لغلامه
هذه ابنتي او قال لجاريته هذا ابني لا يعتق فاذا كان لا يولد
مثله لمثله اولى ان لا يعتق ولابي حنيفه رضي الله عنه انه محال
بحقيقته صحيح بمجازه لانه اخبار بحريته من حين ملكه لان الابن

هذا حكمه لو كان ممكنا يعمل به في مجازه وهو العتق عليه والثاني
ان البنوه في المملوك سبب لحريته اما اجماعا على اصل الشافعي
واصلنا في قرابة الولاد او صله للقرابه على عله اصحابنا واكثر
اهل العلم على ما ياتي واطلاق السبب وارادة المسبب به من
طرق المجاز اللغويه والحمل على المجاز اولى من الغا كلام العاقل لان
في حمله على الحقيقه الغا والالغا الحاقه بالحمقى والمغفلين وصون
حاله عن ذلك متعين والثالث ان الحريه ملازمه للبنوه
في المملوك والملازمه من طرق المجاز لما عرف فيحمل عليه تحرزا
عن الهدر والالغا ونظيره قوله تعالى حتى يلج الجمل في سم الخياط
فليس حقيقه الجمل وسم الخياط مرادين بل ذلك عباره عن المجاز
الذي هو التابيد وهو خلف عن الحقيقه في التكلم به وهو ان يكون
كلاما صحيحا من حيث اللغه لا عن حكم مدلوله الحقيقي فصار
كالمحال الشرعي فانه لا يمنع صحة المجاز بالاتفاق كالنكاح بلفظ
الهبه فانها محال في حق الحرم لانها موضوعه لافاده ملك الرقبه
للموهوب له وجعلت مجازا في افاده حكم النكاح ويرد على قوله
لانه اخبار منه من حين ملكه انه لا يعتق اولادها الحاصله
بعد ملكها ويمكن ان يجاب بان ذلك اقتضائي فلا يتعدى او يقول
المجاز لا عموم له على قول البعض او نقول هو مخرج على المدرك
الاخر وهو انه تحرير مبتدا ولهذا لا يصير امه ام ولد له لانه
ليس لتحرير الغلام امه تاثير في ايجاب امية الولد ولانه لا
يملك ايجاب ذلك الحق لها بعبارته وهو قوله انت حر على الحقيقه

ابتدا بل بفعل هو استيلاد او اقرار بالاستيلاد ولهذا قال في كتاب الدعوى اذا ورث رجلان مملوكا ثم ادعى احدهما انه ابنه يضمن لشريكه قيمه نصيبه اذا كان موسرا باعتبار ان ذلك كالتحرير المبتدا والاصح الاول ويدل عليه ما ذكر في كتاب الاكراه اذا اكره على ان يقول هذا ابني لا يعتق عليه والاكراه يمنع صحة الاقرار بالعتق لا صحة التحرير ابتدا وفي منتخب الطريقه لو ادعيا ولد جاريه مشتركه بينهما ثبت نسبه منهما والبنوه غير ثابته لمكان الاستحاله ولو قال لعبد وهو بفرغانه وامه بفرغانه وليس بينهما نكاح ولا ملك يمين هذا ابني عتق وثبت نسبه وان كان وطيها مستحيلا وعند الشافعيه لو لم يدخل بها وادعى ذلك يثبت نسبه وعتق عليه في احد الوجهين فجعلوه كالمستحيل في النسب ولم يجعلوه كذلك في حق العتق فلم يمنع العمل بمجازه فينبغي ان يعمل بمجازه في مسلتنا ايضا ولو قال لزوجته زنيت منذ اربعين سنه وعمرها عشرون سنه جعلوه قذفا ووجب اللعان وهو مستحيل وكذب بخلاف ما لو قال لها زنيت وانت صبيه حيث لا يجب اللعان قالوا لان فعلها في الصبى لا يكون زنا وعدم الفعل كيف يكون زنا فجعلوه قذفا للحال مجازا مع استحاله الحقيقه فبطل قولهما ان من شرط العمل بالمجاز تصور الحقيقه ويدل عليه قوله تعالى ان المنافقين يخادعون الله وهو خادعهم والخداع محال على الله سبحانه وقد جعلوه مجازا عن المعامله او الاراده وكذا قوله تعالى نسوا الله فنسيهم والنسيان على الله محال وقد جعل مجازا عن تركهم وكذا ومكروا ومكر الله وقال عليه السلام يضحك الله الى رجلين يقتل احدهما الاخر ثم يدخلان الجنه والضحك لا يتصور على الله سبحانه وجعل مجازا عن اظهار الرضى لهما وتسميه العنب خمرا مجاز مفرد وقد دخله التركيب ايضا لان لفظ العصر لم يوضع ليركب مع المايعات من الخمر وغيرها بل انما وضع مع الجامد الذي فيه رطوبه فلما ركب مع لفظ الخمر كان على خلاف الوضع الاول فكان من مجاز التركيب وعصر الخمر حقيقه لا يتصور وحقيقه الخمر لا يتصور في العنب عند عصره وقد استعمل في المجاز من غير تصور الحقيقه وكذا قولهم شربت كاسا فالكاس الزجاجه التي فيها الشراب وشرب الزجاجه لا يتصور فقد تركت الحقيقه واريد بها المايع الذي فيها وكذا قوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والقتيل بمعنى المقتول وقتل المقتول لا يتصور وهو حقيقته وحمل على المجاز مع عدم تصور الحقيقه وهذا الشرط الذي ذكراه في جواز المجاز لا ينقل عن احد من اهل اللغه والاصول وانما يذكر ذلك في كتب اصحابنا عنهما ويرد على ابي يوسف مسلة الكوز اذا لم يكن فيه ما فانه اوجب فيها الكفاره وان لم يتصور شربه ويرد على ابي حنيفه يمين الغموس فانه لم يوجب فيها كفاره حلفا عن التكلم بها على اصله والتكلم بها صحيح متصور كما في صوره النزاع على اصله والفرق انما صرنا الى المجاز هنا لنخرج كلامه به عن اللغو والمجاز

اولى منه ولا كذلك الكفارة وعلل ابو بكر بن العربي المالكي لابي حنيفه بان بين البنوه والملك تضادا فيعتق لذلك واجاب بان التضاد عند الاجتماع والبنوه لا توجد اصلا فلا تضاد وليس ذلك مدرك ابي حنيفه بل مدركه ما ذكرته وقاسه على مسله الزوجه ثم قال وهذا ما لا جواب عنه وتاتي المسله وجوابها عن قريب ان شا الله تعالى بخلاف قوله اعتقتك قبل ان اخلق او تخلق لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغا ووجوه المجاز ذكرناها في مسله الخلاف وبخلاف مسلة القطع لانه سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وهو مخالف مطلق المال في وصفه حتى وجب على العاقله في سنتين وذلك لا يمكن اثباته بدون القطع والبقاء وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له والحريه لا تختلف باختلاف اسبابها فامكن جعلها مجازا عنها وبخلاف ما احتج به محمد عليه قال من المشايخ من قال هي على الخلاف ايضا فان محمدا رحمه الله كثيرا ما يستشهد بالمختلف على المختلف ويكون غرضه نقل الكلام الى ما هو اوضح ومنهم من قال هو بالاتفاق وهو الاظهر لتعلقه بالمسمى لاختلاف الجنس وهو معدوم ولو قال لعبده انت حره او قال لامته انت حر عتقت وعتق لان عتق الذكر والانثى واحد ذكره في المحيط وفي المنهاج هو صريح عند الشافعي وذكر ابن سماعه عن محمد انه لا يعتق الا بالنيه لانه كنايه قلت الصريح ما غلب في ذلك المعنى ولم يستعمل في غيره وهذا الاستعمل

كذلك اصلا في لسان العرب بل هو خطا لغة وشرعا فكيف يكون صريحا ولو قيل ملحق بالصريح كان اقرب ولو قال لرجل يا زانيه لا يحد للقذف لان زنا النسا من الرجل لا يتصور كقذف المجبوب بخلاف العتق فانه واحد في الرجال والنسا وابن العربي الزم ابا حنيفه بالزوجه وقال هذا ما لا جواب عنه يعني اذا قال لزوجته هذه بنتي وهي اكبر سنا منه لا يجعل مجازا عن الطلاق وخفي عليه الجواب والفرق لو قدر تحقق البنوه في العبد ثم ملكه عتق عليه فجاز جعله مجازا لعدم المنافاه ولو قدر كون زوجته بنته لا يتصور نكاحها والطلاق انما يقع في النكاح الصحيح فلا يمكن جعله مجازا عن وقوعه توضيحه ان له ان يشتري ابنه وليس له ان يتزوج بنته والعتق ينزل في الملك الفاسد والطلاق لا يقع في النكاح الفاسد وذلك معدار فهم القوم ولو قال هذا ابي او قال هذه امي ومثله لا يولد لمثلها فهو على الخلاف لما بينا وفي جوامع الفقه قيل لا يصح والاظهر انه على الخلاف وان كان يولد مثله لمثلها وصدقاه ثبت ذلك وعتقا عليه وفي هذا ابني او هذه بنتي ثبت نسبهما ولا يتوقف على التصديق والفرق في الاول يقول استولدت امي وانا ابنك فكان دعوى الحمل على غيره فيتوقف على تصديقه وفي الثاني يقر على نفسه لانه يقول استولدت امك وانت ولدك وفي الذخيره لو قال هذا عمي او خالي او ابن اخي او ابن اختي يعتق روايه واحده وفي الذخيره في بعض النسخ لا يعتق وكذا هذا اخي لابي

او امي او هذه اختي لابي او امي وان قال هذا اخي او اختي لا يعتق
في ظاهر الرواية وهي رواية الاصل الا بالنية لانه ظاهر في الحنو
والشفقة والتشبيه وعن ابي حنيفة في رواية الحسن يعتق بغير
نية وان قال هذا ابني من الزنا عتق ولا يثبت نسبه ولو
قال لعبد صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق
بالاجماع لانه لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب وهو غير
مذكور في كلامه بخلاف الاب والابن لعدم الواسطة وفي
المرغيناني قال لعبده افعل في نفسك ما شئت فاعتق نفسه
في المجلس عتق وفي المنهاج قال اعتقك اليك او حريتك اليك
ونوى التفويض اليه فاعتق نفسه في المجلس عتق وفي المرغيناني
نظر الى عشر جوار فقال ان اشتريت جارية منكن فهي حرة
فاشترى جاريتين صفقة واحدة احداهما لنفسه والاخرى
لغيره لم يعتق واحدة منهما قال والمعنى فيه غموض قال صم
عني يوما وانت حر او قال صل عني ركعتين وانت حر عتق في
الحال فعل ذلك او لم يفعل ولو قال حج عني حجة وانت حر لا
يعتق حتى يحج عنه لان النيابة جائزة في الحج دون الصوم والصلاة
ولو قال ان سقيت حماري فانت حر فذهب به الى الماء ولم
يشرب عتق لان المراد به عرض الماء عليه وفي جوامع الفقه
قال انت عتاق او حرية يعتق بالنية ولو قال انت حر قبل
ان اخلق لا يعتق قلت ينبغي ان يعتق لانه يجوز ان
يكون حر الاصل او اعتق قبل ان يخلق هو وفي المحيط قال رجل

انا مولى ابنك اعتق ابوك ابوي فهو حر وكذا لو قال انا مولى ابيك
ولم يقل اعتقني فهو حر لانه قد يكون مولاه من قبل جده فلم يكن اقرارا
بالرق وان زاد اعتقني فهو مملوك اذا جحد الوارث وفي الينابيع
قال لعبده نسبك حر او قال حسبك حر او اصلك حر او والداك
حران ان كان يعلم انه من السبي لم يعتق والا عتق وفي المحيط
وان كان مولدا في دار الاسلام عتق وان قال ابواي حران لم
يعتق لاحتمال حرية امه بعد وضعه قلت وفي النسب
والاصل ينبغي ان لا يعتق لان النسب والاصل الى الاب ولا
يلزم من حرية الاب حرية الولد لاحتمال ان يكون امة امه لغيره
وان قال العبد لمولاه وهو مريض احرانا فحرك لسانه اي
نعم لم يعتق قلت ينبغي ان يقول حرك راسه بنعم وفي
الذخيرة فاشار براسه اي نعم لم يعتق وينبغي ان يقول
واوما براسه وانما يقال اشار بيده ولو قيل له اعتقت
عبدك فاوما براسه بنعم لم يعتق بخلاف النسب لان العتق
يختص بالقول والنسب يثبت بالدلالة ولا يختص بالقول وفي
الذخيرة قال كل مملوك في هذا المسجد او في بغداد حر وله
عبد في المسجد او في بغداد لم يعتق الا ان ينوي عبده قال اراد به
المسجد الجامع يوم الجمعة رواه ابن سماعة عن ابي يوسف وذكر
عن محمد فيمن قال عبيد اهل بغداد احرار وهو من اهل بغداد عتق
عبده وقال على هذا كل عبد يدخل هذه الدار فهو حر فدخل
عبده عتقوا وبه اخذ شداد وقال عصام لا يعتقون قال

الصدر الشهيد هو المختار للفتوى وفي المرغيناني قال عبيد
اهل بلخ احرار او قال كل عبيد اهل بلخ حر او قال كل عبد في الارض
حر او قال كل عبد اهل الدنيا حر اختلف المتقدمون والمتاخرون
فيها اما المتقدمون فقد قال ابو يوسف في نوادره لا يعتق
وقال محمد في نوادر ابن سماعه يعتق واما المتاخرون فقال
عصام بن يوسف لا يعتق واختار الصدر الشهيد وقال
شداد يعتق ولو قال كل عبد في هذه الدار حر وعبده فيهم
عتق عبده بالاتفاق ولو قال ولد ادم كلهم احرار لا يعتق
عبده بالاتفاق واتفقوا على ان من قال كل رجل اعتق عبده
فاشترى عبدا لم يعتق ومحمد فرق بينها وبين ما تقدم
فقال استيقن بكذبه هنا اذا لم يحط علمه بذلك ولو قال
مالي حر لا يعتق عبيده لانه لغو لان الحريه لا تستعمل في المال
ولانه مراد بها الصفا والخلوص عن شركة غيره فيه ولو قال
لعبده هذا ولدي الاكبر يعتق في القضا وفي الدرايه لا يعتق
اذا قال اردت به التلطف والتشبيه وفي الحاوي هذا قول
ابي الليث وقال غيره لا يعتق وفي المنتقى قال عبدي الذي هو
قديم الصحبه حر قال محمد من صحبه منهم ثلث سنين عتق وهو
قول ابي يوسف وقيل ستة اشهر وقيل سنه قال في
المحيط وهو المختار سنه لا لا بقوله تعالى حتى عاد كالعرجون
القديم والعرجون ينبت فيسقط في كل ستة اشهر والطري الحديث
ينبت عليها فيجعل الباقي قديما وهو اوسط الاقوال قلت

لا يلزم من قدم العرجون في السنة قدم الصحبة في هذا العبد
الذي خدم استاذه سنة لا يقال له في العرف هذا قديم الصحبه
ولو قال هذا حر هذا الاخر عتقا ولو قال هذا هذا حر عتق
الثاني علل بان الحريه متى تخللت بينهما امكن ان يجعل الحريه خبرا
عنها لان تقديم الخبر على المبتدا جايز قلت لا يجوز ان
يكون خبرا لهما لانه لا يخبر بواحد عن اثنين لكن وجهه ان الثاني
يدل على الاول فكانه قال هذا حر هذا حر الاخر فحذف خبر الثاني
لدلاله الاول عليه وفي الثانيه ابدل الثاني من الاول قبل ذكر
خبره فكان ناقصا ملغا وبقي الخبر الثاني فعتق وحده

قوله وان قال لامته انت طالق او باين
او تخمري ونوى به العتق لم يعتق وبه قال ابن حنبل وقال الشافعي
يعتق وهو روايه عن ابن حنبل اذا نوى العتق وعلى هذا الخلاف
ساير الفاظ الصريح والكنايه على ما قاله مشايخهم وفي المنهاج
وكل صريح وكنايه للطلاق وفي المبسوط اذا قال لامته انت
طالق او قد طلقتك ونوى به العتق لم يعتق عندنا وقال
الشافعي يعتق بالنيه وكذلك ساير كنايات الطلاق كقوله قد
بنت مني او حرمت او انت خليه او بريه او باين او بته او بتله
او حرام او حبلك على غاربك او اخرجي او اعزبي او استتري او اذهبي
او قومي او اختاري فاختارت نفسها او تقنعي او قال ذلك
لعبده فهو كله على الخلاف وكذا لو قال لعبده او امته طلقتك
فانه لا يعتق وان نوى واما لو قال لامته اطلقتك ونوى

به العتق عتق بالاتفاق وللشافعي ان التحريم موجب التحريم وذكر
الموجب وارادة الموجب به جائز كقوله اعتدي اذا نوى به الطلاق
لان العدة مسببة عن الطلاق اذ الطلاق هو الموجب للعدة
بعد الدخول ونص على هذا محمد في الجامع اذا قال ان مشيت
[illegible] به استطلاق البطن يجوز لان استطلاق البطن يوجبه
المشي فكان ذلك من باب ذكر المسبب وارادة السبب
الذي هو استطلاق بطنه ولنا ان الطلاق وضع لازالة
ملك المنفعة كفسخ الاجارة فلا يصلح لازالة ملك الرقبة لانه
اقوى منه كمن قدر على ازالة عشرة ارطال عن مكانها لا يقدر
على ازالة عشرة قناطير عن مكانها ولان الواقع بالطلاق في موضعه
يستعقب الرجعة واذا نوى العتق لا يستعقب الرجعة فكان
مخالفا له في وضعه فلا يحتمل بالطلاق ولان الامة لو عتقت
بالطلاق لوجب عليها التربص بالعتق لان الطلاق هذا حكمه
في محله ولان الطلاق يتكرر والعتق لا يتكرر وقال في منتخب
الطريقة لا رواية في العتق بقوله انت بائن قلت قد
ذكر شمس الائمة السرخسي الرواية فيه ولانه لو حلف لا يعتق
فطلق منكوحته وهي امة الغير لا يحنث في يمينه اجماعا فعلم ان
الطلاق ليس باعتاق ولانه لو اعتق امته ثم تزوجها لا ينتقص
عدد طلاقها ولان طلاق العبد لغو لغة وعرفا وشرعا ثم لغو
النية المجردة عن اللفظ او عن اللفظ الصالح لا يعتبر فان قيل
وجب ان يعتبر الفاظ الطلاق في العتق بالفاظ العتق في الطلاق

فانها تستعمل في الطلاق بالنية فكذا عكسه والاستعارة للاتصال
بين الشيئين لمعنى مشترك طريق صالح في اللغة كلفظ الاسد
للشجاع والحمار للبليد وبين الملكين قدر مشترك وقد استويا
في التعليق والاضافة فيجعل ما كان صريحا في ازالة ملك النكاح
كناية في ازالة ملك اليمين قلت شرط الاستعارة ان
المعنى في المستعار منه ظاهرا معروفا بين الناس ولا يكون خفيا
لا يعرفه الا احاد الناس كالشجاعة في الاسد والبلادة في الحمار
وما كان خفيا فيه لا يستعار لغيره كالبخر في الاسد فانه من
لوازمه ولا يق للابخر اسد بطريقة الاستعارة لما ذكرنا
لخفايه وعدم ظهوره وشهرته والطلاق منكر في العبد جدا والمعنى
الذي وضع له فيه بعيد في المستعار له جدا بخلاف الشجاعة
في الاسد والادمي فانها ظاهرة جلية فيهما ولا مشابهة بين
العتق والطلاق لا من جهة الصورة ولا من جهة المعنى لان
الطلاق ازالة المانع من الانطلاق والمراة حرة محبوسة عند
الزوج ممنوعة عن ذلك فبالطلاق يزول المانع من الانطلاق
والاعتاق اثبات العتق الذي هو القوة وبه يثبت المالكية والقدرة
على الانطلاق ولا مشابهة بين اثبات القوة وزوال المانع اذ
الاثبات امر ثبوتي والزوال امر عدمي ونقيض الثبوت لا ثبوت
وهو معنى الزوال والنفي لا يحتمل نقيضه وذلك [illegible]
الميت وحل قيد المقيد نحو استعارة الاسد للجبان والحمار
للذكي وامكان بينهما قدر مشترك وهو الحيوانية والوجود

وغيرها وموجب النكاح ملك المتعة وملك الرقبة سبب لملك
المتعة في محله فكان مزيلا لملك الرقبة فصلح مزيلا لملك المتعة
فصلح كناية عن الطلاق واما ما يزيل ملك المتعة لا يصلح سببا
لازالة ملك الرقبة كما ذكرنا فلا كناية عنه ولهذا قلنا ما يصلح
لاستجلاب ملك المتعة كالنكاح والتزويج لا يثبت به ملك
الرقبة وما وضع لاستجلاب ملك الرقبة كالهبة والبيع يصلح
لافادة ملك المتعة كالنكاح ووجه اخر ان الثابت
بالنكاح ملك الانتفاع بها لا غير ولهذا لو وطيت بالشبهة
كان مهر مثلها لها لانه بدل المنفعة وهو لمن يملك المنفعة
والانتفاع قبل الاستيفا معدوم فلا يجوز استعارة اللفظ
الذي وضع لقطع الانتفاع لرفع ملك الرقبة لوجهين احدهما
ان ملك الرقبة اقوى فما كان مانعا من الانتفاع لا يصلح رافعا
للقوي الثابت لانه اقوى منه كما تقدم والوجه الثاني ان
الاستعارة انما تجري بين الموجودين لا بين المعدوم والموجود
وفي المبسوط قال شمس الايمة السرخسي لا معنى لما قال الشافعي
انه ذكر الموجب الذي هو الحكم واراد به الموجب لانه لا يصلح
كناية عن الحكم لانه لا حكم بدون سببه والسبب يتحقق بدون مسببه
الذي هو الحكم فان الاصل مستعار للتبع والتبع لا يستعار
للاصل لافتقار التبع الى الاصل واستغنا الاصل عن التبع
وفي اعتدي وقوع الطلاق بالاضمار ولهذا يقع على غير المدخول
بها ولا عدة عليها وقد ذكرنا جواز ذلك واستشهدنا عليه

بمسئلة الجامع قال وكذا اذا قال لامراته انت علي حرام فالعامل
لفظ الحرام بحقيقته وليس كناية عن الطلاق عندنا ولهذا يقع بائنا
وليس بطريق ذكر الموجب وارادة الموجب لان التحريم ينافي النكاح
ابتدا وبقا وذلك لا يوجد هنا فان حرمة الامة علة لا تنافي
الملك ابتدا وبقا كما في امة المجوسية واخته من الرضاعة
والامة التي وطي امها او بنتها وقوله وانما الاحكام ثبتت
بسبب سابق وهو كونه مكلفا هذا جواب عما يقال لا نسلم
ان الاعتاق اسقاط بل هو اثبات الولايات من المالكية والسلطنة
والولاية والشهادة والتصرف فهذه الاحكام ثبتت
بالتكليف السابق على العتق لكن حق المولى كان مانعا فاذا زال
ظهرت تلك الاشيا الثابتة بالادمية والبلوغ والعقل
قوله واذا قال لعبده انت مثل الحر لم
يعتق لان مثل الشي غيره ويستعمل في المشاركة في بعض
المعاني فلا يعتق بالشك ولو قال ما انت الا حر عتق لان
الاستثنا من النفي اثبات كما في كلمة الشهادة ولهذا لو قال
ما لك علي الا عشرة دراهم تلزمه وقد تقدمت المسئلة في
فصل الاستثنا ولو قال راسك راس الحر لا يعتق لان
معناه مثل راس الحر او يحتمله فلا يعتق بالشك ولو قال
راسك راس حر عتق لانه وصف راسه بالحرية فكانه قال
راسك حر وكذا لو قال بدنك بدن حر او قال وجهك وجه
حر وقيل في قوله انت مثل الحر او ما انت الا مثل الحر ينوي

العتق يعتق واستدل لهذا القايل بقوله انت مثل امراة فلان وقد
كان فلان قد الى منها فانه يكون منها وفي المحيط لو قال لحر
انت حر مثل هذه يعني امته عتقت وان قال مثل هذه الامة
لم يعتق لانه بين انها امة ولو قال لثوب خاطه عبده هذه
خياطة حر او لدابة مملوكة هذه دابة حر او لمشي عبده هذه مشية
حر او لكلامه هذا كلام حر لم يعتق الا بالنية لانه تشبيه وتمثيل
كقوله وعيناك عيناها وجيدك جيدها ولكن عظم الساق منك دقيق

فصل قوله ومن ملك ذا رحم محرم
منه عتق عليه قال ابو سليمان احمد بن محمد الخطابي في معالم السنن
ذهب اكثر العلما اليه روي ذلك عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن
مسعود رضي الله عنهما ولا يعرف لهما مخالف في الصحابه وهو قول
الحسن بن ابي الحسن البصري وجابر بن زيد وعطا والشعبي والزهري
وحماد والحكم والثوري والنخعي وقتاده وابن شبرمه وابو سلمه
والحسن بن حي والليث وعبد الله بن وهب ذكرهم في المحلى واحمد
واسحق والظاهريه وقال ابن حزم وهذا مما خالف فيه
المالكيون جمهور العلما وصاحبين لا يعرف لهما مخالف وكذا الشافعي
وعنده اذا عمل بالمرسل واحد من الصحابه كان حجة وقال مالك
يعتق عليه الوالد والولد والاخوه لا غير هكذا نقله عنه الخطابي
وابن حزم ومذهبه عتق جميع عمود النسب والاخوه وانما ذلك
قول يحيى الانصاري ذكر قول في المدونه والجواهر وقال الشافعي
يعتق عليه ابوه وجده وان علا وامه وجدته وان علت وولده

وولده وان سفل وذلك عمود النسب دون الاخوة وغيرهم
من ذي الرحم المحرم واما ذو الرحم المحرم من الرضاعه فانه لا يعتق
عند عامه اهل العلم وقال القاضي شريك بن عبد الله يعتق عليه
وهو قول ابن مسعود والحسن ذكرهما في المحلى وان كانت المحرميه
بغير رحم وذهبت الظاهريه وبعض المتكلمين الى ان الاب لا يعتق
عليه بالملك وهو شذوذ وتعلقوا بحديث ابي هريره انه عليه السلام
قال لا يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه رواه
الجماعه الا البخاري ويروى فيعتقه ويروى والدا وقال الاوزاعي
يعتق كل ذي رحم محرمة كانت او غير محرمه واعتق ابن العم وابن الخال
ويستسعيهما قال ابو محمد لا نعلم قول الشافعي عن احد قبله وليس
له فيها انيس وقال ابو سليمان لا يعتق احد على احد وقال ابن حزم
في المحلى فان ملك بعض ذي رحم محرمه لم يعتق عليه الا الوالد والاجداد
والجدات فقط فانهم يعتقون عليه ان كان له مال يحتمل قيمتهم والا
استسعوا واجبر على ابتياعهم باغلى قيمتهم وعتقهم ولم يجبر السيد
على بيعهم وزعم الشافعي ان عتق من ذكر اجماع قال علي وهذه دعوى
كاذبه وما يحفظ في هذه قول عشرين من صاحب وتابع وهم الوف
فاين الاجماع فان قالوا قال الله تعالى وبالوالدين احسانا قلنا
اتموا الايه وبذي القربى واحسانا نكره في سياق الاثبات يصدق
بادنى احسان اليهما وان دل السياق على خلافه فليس فيه تعرض
الى عتقه عليه دون غيره فان الاحسان الى الاهل بصلة الرحم من
الواجبات واحتج المالكيون بقول الله تعالى في الوالدين واخفض

لهما جناح الذل من الرحمه قالوا ولا يمكن خفض الجناح لهما مع استرقاقهما واما الولد فان الله سبحانه يقول وما ينبغي للرحمن ان يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا اتي الرحمن عبدا فدل على ان الرق والولاده لا يجتمعان واما الاخ فقد قال تعالى عن موسى عليه السلام اني لا املك الا نفسي واخي قالوا فكما لا يملك نفسه كذلك لا يملك اخاه وتعلقوا بحديث ابن عباس قال كان للنبي عليه السلام مولى يقال له صالح فاشترى اخاه فقال عليه السلام قد عتق حين ملكته وفيه حفص بن سليمان ساقط وابن ابي ليلى سيء الحفظ وليس فيه ارقاق عمه واما احتجاجهم بقوله اني لا املك الا نفسي واخي فتحريف للكلم عن مواضعه وتخليط سمج لان موسى عليه السلام لم يملك رق نفسه ولا رق اخيه لانهما حران نبيان ولا يجوز البته ان يستدل بالايه على عتق الولد ولا انه لا يملكه وليس فيها الا الخبر عنهم انهم عبيد لا اولاد ولو كان كما قالوا لوجب عتق الزوجه والشريك اذا ملكا لان الله تعالى نفاهما كما نفى الولد سوا سوا واخبر ان الكل عبيد ولا فرق فسقط احتجاجهم جمله ولنا روايه الحسن عن سمره بن جندب ان النبي عليه السلام قال من ملك ذا رحم محرم فهو حر قال ابو البركات ابن تيميه في المنتقى رواه الخمسه الا النسائي وفي روايه لابن حنبل فهو عتيق قال المنذري محرم بفتح الميم وسكون الحاء المهمله وفتح الراء وتخفيفها ويقال بضم الميم وتشديد الراء وفتحها واختلفوا في سماع الحسن من سمره وشعبه رواه مرسلا عن الحسن عن النبي عليه السلام وهو احفظ من حماد بن سلمه وقد انفرد به وروى

جابر بن زيد والحسن مثله مرسلا واخرج النسائي وابن ماجه من حديث عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم فهو حر ولفظ ابن ماجه عتق قال النسائي لا نعلم احدا رواه عن سفيان غير ضمره بن ربيعه وضمره وثقه يحيى بن معين ومحمد بن سعد واحمد بن حنبل وغيرهم وفي المحلى قال الحافظ ابو محمد من طريق احمد بن شعيب وهو النسائي عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق فهذا حسن صحيح كل رواته ثقات تقوم بهم الحجة وقد تعلل فيه الطوائف المذكوره بان ضمره بن سعيد صوابه ابن ربيعه وضمره بن سعيد غيره انفرد به قلنا فكان ماذا ومتى لحقتم بالمعتزله في ان لا تقبلوا ما رواه الواحد عن الواحد وكم من خبر انفرد به راويه فقبلتموه ولكن لا تقبلون ما انفرد به من لا خير فيه كابن لهيعه وجابر الجعفي وغيرهما واما دعواكم انه اخطا فيه فباطله لانها دعوى بلا برهان وعن عبد الله ابن ابي جعفر عن بكير بن الاشج عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اعتق عبدا وله مال فماله له الا ان يستثنيه السيد فراى المالكيون والشافعيون هذا الخبر صحيحا وعملوا به ولم يروا انفراد عبيد الله بن ابي جعفر وقول من قال اخطا فيه حجه في رده وتركه فهل من الدليل على التلاعب بالدين وقله المراقبه اكثر من هذا نعوذ بالله من الضلال باتباع الهوى هذا كلامه ومن طريق حماد بن سلمه عن عاصم الاحول وقتاده عن الحسن عن سمره عن النبي عليه السلام كما تقدم فقال المالكيون والشافعيون ان الحسن لم يسمع من سمره وهو منقطع لا تقوم

به حجة وقد احتجوا بما روى قتادة عن الحسن عن سمرة بن جندب ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاث فقالوا هو
حجه لا يضر ما قيل فيه ان الحسن لم يسمع من سمرة شيا والمنقطع تقوم
به الحجة ولم يروا خبر عتق ذي الرحم المحرم حجة لان الحسن لم يسمع من
سمرة والمنقطع لا تقوم به الحجه قال وفي هذا كفايه لمن عقل ونصح
نفسه ورواية النساي ذكرها المنذري في مختصر سنن ابي داود ومحمد بن
عبد الواحد المقدسي الملقب بالضيا وابن حزم في المحلى وقول ابن تيميه
في المنتقى رواه الخمسة الا النساي سهو والنساي من الخمسة في روايه
حديث سمرة وفي المسلة تسعة اقوال لا يعتق احد على احد قاله
ابو سليمان والثاني يعتق الاب والام والولد والاخ والاخت فقط
قاله يحيى بن سعيد الانصاري والثالث عمود النسب لا غير قاله
الشافعي والرابع كل ذي رحم محرم قاله الجمهور مع اصحابنا والخامس
كل ذي رحم قاله الاوزاعي والسادس كل محرم وان كانت المحرميه
من الرضاعه كقول ابن مسعود وشريك بن عبد الله القاضي والسابع
ان ملك ذا رحم محرم كله عتق وان ملك بعضه لا يعتق وهو قول الظاهريه
والقول الثامن ان ملك اباه يجب عليه ان يعتقه ولا يعتق
بنفس الملك وهو قول داود وبعض المتكلمين على ما ذكرنا والتاسع
عمود النسب مع الاخوه قاله ملك وقول ابن حزم ان ضمرة بن سعد
انفرد به سهو وهو لم يرو هذا الحديث وانما رواه ضمرة بن ربيعه عن
الثوري وابن سعيد متقدم يروي عن انس وغيره ذكرهما في الكمال
وللشافعي ان العتق من غير رضى المالك ينفيه القياس لما فيه

من الضرر بزوال ملك الانسان جبرا وان لم ينفعه لا يقتضيه والاخوه
وما يشبهها نازله عن الولاد وعمود النسب لعدم الجزئيه والبعضيه
فيهما فامتنع الالحاق لقيام الفارق او الاستدلال لانهم ليسوا في معنى
عمود النسب ولهذا امتنع المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع في الولاد
لقيام الجزئيه والبعضيه ولنا ما ذكرنا من حديث ابن عمر وسمرة بن
جندب وقد حكم ابن حزم بصحة حديث ابن عمر وقال رواته كلهم ثقات
ولم يعللوا في حديث سمرة الا بالارسال فيما رواه شعبه بن الحجاج
وهذا المرسل حجه باتفاق الايمه الاربعة واصحابهم اما الايمه
الثلثه فالمرسل عندهم حجة بلا شرط وعند الشافعي اذا عمل به بعض
الصحابه كان حجه او عمل اكثر الناس به كان حجه وقد ذكرنا عمل الصحابه
به وعمل اكثر الناس فلا يجوز تركه على اصله والعمل بغير حجه عنده ولانه
ملك قريبه قرابه موثره في المحرميه فيعتق عليه والمحرميه هي المؤثره
في الاصل لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها والولاد ملغى قال
صاحب الكتاب حتى وجبت النفقه وحرم النكاح قلت الاول
ممنوع عنده ولا يجب النفقه الا في عمود النسب عنده دون غيرهم من
ذوي الرحم المحرم ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او كان في
دار الاسلام لعموم العله بخلاف النفقه والفرق بينهما قد تقدم
في النفقات وانما قال في دار الاسلام لانه لا حكم لنا على من في دار الحرب
والفرق في التكاتب بين قرابه الولاد وغيرها ياتي في كتاب المكاتب
ان شا الله وعن ابي حنيفه يتكاتب على الاخ ايضا كقولهما فلا فرق على
هذه الروايه والمعتبر في المحرميه ان يكون بالرحم والقرابه حتى لو ملك

ابنة عمه وهي اخته من الرضاعة لم يعتق لعدم المحرمية بالقرابة والصبي
جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون لان العتق مستحق عليهما لتعلق
حق العبد به فاشبه النفقة ولهذا لو وجدت زوجها الفقير مجبوبا
تفرق بينهما ويكون طلاقا على الاصح لما ذكرنا ذكره في الجامع ومن اعتق
عبده لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق فكان اعتاق عبادة
في الاولى دون غيرها وقد ذكرنا المسئلة في اول الكتاب وفيه خلاف
الظاهرية انه لا يعتق في الاخرين ولا بد من قصد القربة عندهم واعتاق
المكره والسكران واقع الاول فيه خلاف الايمة الثلاثة واعتاق
السكران اتفاق من الايمة الاربعة على المختار عندهم وقد تقدمت
المسئلتان وادلتهما في الطلاق قوله واذا اضاف العتق
الى ملك بان يقول ان ملكتك او اشتريتك فانت حر لان معناه ان
ملكتك بالشرا كما تقدم في الطلاق عتق اذا وجد الملك في الاول
مطلقا وفي الثاني بالشرا وفيه خلاف الشافعي واحمد وعند ابن
حنبل يعتق كقولنا بخلاف الطلاق عنده وعللوا بان الشرع يتشوف
الى العتق دون الطلاق واما التعليق بالشرط بان يقول لعبده او
امته ان دخلت الدار فانت حرة وانت حر وهذا لا خلاف فيه انه
يعتق اذا وجد الشرط في الملك واما اذا جا غدا او راس الشهر فانت
حر فكذلك لا يعتق حتى يوجد الشرط بخلاف الطلاق عند مالك فانه
يقع في الحال فيهما لكن في الامة لا يحل له وطيها قبل وجود الوقت
وخالف فيه الايمة الثلاثة وفي المدونة اذا قال لعبده انت حر
اذا مات فلان منع من بيعه وله ان ينتفع به الى ذلك الاجل فان كانت

امة لا يطاها وينتفع بخدمتها الى ذلك الاجل فان مات سيدها خدمت
ورثته الى موت فلان بخلاف المدبرة فانها توطا ويلحقها الدين وهذه
لا يلحقها الدين وعتقها من جميع المال ذكره في المدونة وزعموا ان
النكاح في ذلك يصير كالنكاح الموقت كنكاح المتعة وهو باطل
فلاجل ذلك وقع الطلاق قلنا كذلك يصير الملك موقتا وهو
باطل وقالوا في بقا الملك فايدة جواز استخدامها بخلاف المنكوحة
فانها لا تخدمه وفي المغني عن مالك انه يعتق في الحال وهو غلط
قال جاز تعليقه بالشرط لان العتق اسقاط كالطلاق بخلاف التمليكات
ويرد على اصحابنا انهم قالوا الاعتاق اثبات العتق الذي هو القوة
ولم يجعلوه اسقاطا لكن جواز تعليقه بالشرط وجواز اضافته اجماع
ويمكن ان يقال وفيه اسقاط الرق الذي هو الضعف وازالته
ولا شك ان العبد باعتاقه لا يبقى في يده شي فناسب اسقاط الحق
من هذا الوجه واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لحديث
ابن عباس ان عبدين من الطايف خرجا فاسلما فاعتقهما النبي عليه السلام
احدهما ابو بكرة ذكره محمد بن جرير الطبري في تهذيب الاخبار وابن
المنذر وعن الحجاج بن ارطاة عن ابي سعيد الاعشى قال كان من
وصاياه عليه السلام اذا خرج عبد الحربي الينا مراغما لسيده فاسلم
ثم خرج سيده لا نرده اليه ومعنى اعتاقه عليه السلام الحكم بعتقهم
بخروجهم من ارض الشرك مراغمين مواليهم بهجرتهم الى الله ورسوله
مسلمين وفي المنتظم لابن الجوزي نزل بضعة عشر رجلا منهم ابو بكرة
جد القاضي بكار بن قتيبة البكراوي واسمه نفيع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم

سمي ابا بكرة لانه نزل ببكرة وقيل تدلى ببكرة في نزوله وهو الذي ركع
قبل اتصاله بالصفوف فقال له عليه السلام زادك الله حرصا فلا
تعد ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتدا
لكن يرد على صاحب الكتاب قوله خرجا فاسلما فانه يدل ان اسلامهما
كان بعد خروجهما وفي المختلف لو دخل حربي دار الاسلام بغير امان
فهو في لجماعة المسلمين عنده وعندهما هو لمن اخذه فان اسلم قبل
اخذه لا يملك عندهما وعنده فئ وان اسلم قبل دخوله دار الاسلام
لا يملك بالاتفاق وفي الاشراف لو اسلم عبد الحربي وخرج مستامنا
فهو حر كالحربي اذا خرج مسلما فان جا سيده مسلما لا يرد اليه وقال
الاوزاعي يرد اليه ومذهب ملك وابن حنبل كقولنا ذكرهما في
التبصرة والكافي وكذا عند الشافعي ذكره في التلخيص وعند الظاهرية
يعتق بالاسلام من غير خروج وبطل قول الظاهرية بسلمان فانه اسلم
وسيده ولم يعتق بذلك ذكره في المحلى قـــوله وان اعتق
حاملا عتق حملها وهذا ما لا خلاف فيه فيما علمت وان استثنى
حملها فليس له ذلك ويعتق تبعا كاستثنا اطرافها عندنا وبه
قال ملك والشافعي وعن ابن عمر وابي هريرة انه يصح استثناوه من
العتق وبه قال النخعي وابن سيرين وعطا والشعبي وابن حنبل واسحق
وان اعتق الولد وحده عتق لانه نفس على حده ولهذا تصح الوصية له
وفي جعلها تبعا له في العتق قلب الموضوع بخلاف الاول وفي شرح
المدونه لابن يونس لو اعتق حمل الامه لا يبيعها في صحته ولا في مرضه
وكذا عندنا قبل وضعه قال الا ان يقام عليه بالدين وللورثة بيعها

قال ابن القسم الناس كلهم على خلاف قول ملك هذا ويقولون لا يباع
وقال الليث تباع ويستثنى الحمل حرا وفي المنهاج لو كان حمل
الامه لرجل وهي لاخر لم يعتق احدهما حتى يعتق الاخر ولا يسري وعند
الظاهرية لا يجوز عتق الجنين دون امه اذا نفخ فيه الروح ويجوز
عتقه قبل نفخ الروح فيه ويكون امه به حره وفي المدونه وهب
ما في بطن امته لرجل ووهبها لاخر واعتقها هو او وارثه بعد موته
فالعتق احق بها ويعتق جنينها ويسقط هبته وعن ابن القاسم فيمن
تصدق بامته على رجل وبما في بطنها على اخر فوضعت ان الولد للذي وهب
له والامه لمن وهبت له فان اعتقها الموهوب له قبل الوضع كانت
حره بما في بطنها والفرق بين اعتاق الحمل وبين بيعه وهبته ان
القدره على التسليم وقت العقد فيهما شرط الصحة ولم يوجد بخلاف
العتق لانه اسقاط على ما تقدم ولو اعتق الحمل على مال عليه او على
امه صح العتق لانه لا يبطل بالشروط الفاسده لعدم معاوضه المال
بالمال ولا يجب المال على الجنين لعدم ولايه الالزام عليه ولا على امه
لان اشتراط بدل العتق على من لا يسلم له البدل لا يجوز على ما عرف
في الجامع وسياتي في البيوع ان شا الله تعالى ويعلم قيام الحمل وقت
الاعتاق اذا جات به لاقل من ستة اشهر من وقت الاعتاق لانها
ادنى مدة الحمل وولد الامه من مولاها حر لانه مخلوق من مايه فيعتق
عليه وصوابه ان ولده من امته يعلق حر الاصل ولا يوجب لا حروه ولا
ولهذا يرثه ابنه وبنته ولو كان بالعتق يرث منه الابن وهو قول
الايمة وفي المبسوط فان الولد يعلق حر الاصل من الماء وفي المرغيناني

المغرور باستيلاد ام ولد الغير يعلق ولده حر الاصل ولا يكون حكمه
حكم ام الولد فلهذا تضمن المغرور قيمته بالاتفاق وان كانت ام الولد لا
مالية فيها عند ابي حنيفه رضي الله عنه وولدها من زوجها مملوك
لسيدها لانه يتبعها في الرق والحريه والام هي الاصل للسقي وهذا
ولد الزنا وولد الملاعنه ثابت النسب من الام دون الاب حتى
يتوارثا دون الاب والزوج قد رضي برق ولده وهذا اجماع حتى
لو كان الزوج هاشميا يكون ولدها هاشميا رقيقا وفي رقه خلاف
بين الناس بخلاف ولد المغرور لانه لم يرض برقه فيكون حر الاصل
كولده من امته وان وجبت على الاب قيمته للمستحق وولد الحره
حر سوا كان زوجها حرا او عبدا لما ذكرنا من ترجيح جانبها وانما
رجح جانب الاب في النسب لانه للتعريف وحال الرجال مكشوفه
يعرف الولد بالاب والنسا لا يعرفن لخفا احوالهن محول فيه الاصل
المذكور ويتبعها في الرق والتدبير وامية الولد والكتابه وفي المدونه
ولد المدبره مدبر وهو قول عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وزيد بن
ثابت وجابر بن عبد الله وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب وسليمان
ابن يسار والحسن والقسم ومجاهد والشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز
والزهري ومالك والثوري والحسن بن صالح وابن حنبل وفي المنهاج
ان ولدت المدبره من نكاح او زنا لا يصير ولدها مدبرا على المذهب
وان دبر الحامل صار مدبرا على المذهب وقال جابر بن زيد وعطا
لا يتبعها ولدها في التدبير ولا يعتق بموت سيدها ويروى مثله
عن ابن حنبل واعتبراه بالتعليق بدخول الدار وللجمهور القياس

على تبعيه ولد ام الولد ولهذا كان ولد الحره حرا وان كان ابوه عبدا

باب العبد يعتق بعضه

قوله واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك البعض ويسعى في بقية قيمته
لمولاه وكذا في الاسبيجابي قلت لا يعتق منه شي عند
ابي حنيفه بل يستحق الحريه في ذلك بغير عوض ويزول ملكه فيه
لان العتق لا يتجزا عندنا كالطلاق والعفو عن القصاص وفي المنافع
قوله عتق ذلك البعض اي زال ملكه عن ذلك البعض ولم يرد به
حقيقة العتق وانما اراد به ثبوت اثره وهو زوال الملك والملك
يتجزا كالبيع والهبة وهكذا في المبسوط وفي البدائع العتق
والاعتاق يتجزا عند ابي حنيفه والفرق غير سديد لان العتق حكم
الاعتاق ولانه يلزم منه تخصيص العله لتاخر العتق عن الاعتاق
فصرح ان العتق على الخلاف ايضا في البحر وفي المحيط والاسبيجابي
العتق يتجزا عنده ومرادهما الاعتاق ولذا لو قال بعضك حر
او جزء منك حر يؤمر بالبيان ولو قال سهم منك حر فهو سدسه
ذكره في جوامع الفقه وقيل الخلاف في السهم لا غير ويأتي في
الوصايا ان شا الله تعالى وعندهما يعتق كله ولا يستسعيه
ذكره في التحفه وفي الاشراف قول ابي حنيفه هو قول الحسن البصري
وذكره عن علي رضي الله عنه وقولهما قول قتاده والثوري والشعبي
والشافعي وابن حنبل ويروى عن عمر رضي الله عنه وحاصله ان
الاعتاق يتجزا عند ابي حنيفه دون العتق وعندهما لا يتجزا واحد
منهما وعند الشافعي ومالك وابن حنبل يتجزان في الاعسار

دون اليسار هذا في المشترك واما في غير المشترك فلا يتجزا احد منهما ويلزم من اعتاق بعضه اعتاق كله عندهما مع الائمة الثلثة لهما ما ذكرنا ولابي حنيفة ان الاعتاق ازالة الملك او اثبات العتق الذي هو القوه بازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع ضرب عليه الرق جزا لكفره حيث استنكف ان يكون عبدا لله فجعله الله عبد عبيده فكان حق الشرع من هذا الوجه او حق المسلمين لتكون معونة للمكلفين على اقامة التكاليف وانما يملك المرء ما محض حقه وهو ازالة ملكه دون ملك غيره حتى لو قال اعتقت نصيبك لا يعتق شي بالاجماع والاصل اقتصار التصرف على محله دون التعدي الى غيره ومحله ملكه وهو متجزئ على ما ذكرنا ويجب السعاية لاحتباس مالية العبد فيما لم يعتقه والمستسعي بمنزلة المكاتب عنده غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد وفي بعض النسخ لا الى اجل بخلاف المكاتب قلت قولهم المكاتب غير جيد فان ملك المولى ثابت في المكاتب وهو عبد ما بقي عليه درهم ومعتق البعض زال ملكه عن البعض فليس هو نظير المكاتب والجيد ان يقال سقط ملكه عن البعض واستحق الحرية فيه بغير عوض وفي جوامع الفقه الاستسعا ان يواجره وياخذ قيمة نصفه من الاجرة ويعتبر قيمته في الحال وذكر القاضي الامام بديع الدين ان تاثير الاعتاق في ازالة الملك قصدا وابتدا وفي ازالة الرق ضمنا وتبعا على قول ابي حنيفة وعندهما على عكسه له ان الملك حقه والرق حق الله

على ما تقدم والانسان لا يتمكن من ابطال حق الغير قصدا وابتدا كما لو اعتق نصيب شريكه فانه لا ينفذ لكن يتمكن منه ضمنا وتبعا كما لو اعتق نصيبه فانه يتعدى الى نصيب شريكه ضمنا فلم يكن تاثير اعتاقه في ازالة الرق قصدا وابتدا ويكون تاثيره في ازالة ملكه قصدا وابتدا وازالة الملك مما يقبل الوصف بالتجزي فعلى قوله معتق البعض لا يعتق منه شي ولكن يزول ملكه عن ذلك البعض ويدوم الرق في الكل والاستيلاد متجزي عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبره يقتصر عليه لكن اذا امكن تكميله يكمل حتى لو استولد القن يضمن نصيب شريكه موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فان قيل ازالة الملك لا يسمى اعتاقا كالبيع والهبة المزيلين للملك قلت سمي ذلك اعتاقا باعتبار عاقبته فانه لا بد ان يترتب عليه العتق بطريقه كالجرح الذي يترتب عليه زهوق الروح يسمى قتلا بخلاف البيع والهبه ونحوهما قوله واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق بالتفسير المتقدم فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شا اعتق نصيبه وان شا ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شا استسعى العبد في قيمة نصيبه فان ضمن رجع المعتق على العبد بذلك والولا للمعتق لانه اعتاق بعوض وان اعتق او استسعى فالولا بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ايضا ان شا اعتق وان شا استسعى والولا بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة وفي التحفة له فيه خمس خيارات ان كان موسرا ان شا اعتق نصيبه وان شا دبر وان شا كاتبه وان شا استسعاه وان

شا ضمن شريكه المعتق غير انه اذا دبر تصير نصيبه مدبرا وتجب عليه السعايه للحال فيعتق ولا يجوز له ان يوخر عتقه الى ما بعد الموت وفي المبسوط فيه ثلث خيارات ان كان موسرا وخياران ان كان معسرا ولم يذكر فيه التدبير والكتابه كما في الكتاب وذكر فيه ايضا في موضع اخر وقال لو صالح العبد عن نصيبه من السعايه على حيوان الى اجل جاز كما لو كاتبه عليه وفي قاضي خان لو ايسر بعد ما كان معسرا وقت الاعتاق لا تتغير الحكم وفي هذه المسئله خمسه وعشرون قولا للفقهاء القول الاول ما ذكرنا والقول الثاني ان اعتق نصيبه او بعض نصيبه عتق العبد كله يوم ذاك فان كان له مال يفي بقيمة نصيب شريكه اداها اليه وان لم يكن له مال سعى العبد في ذلك ولا شي للشريك غير ذلك ولا له ان يعتق والولا للاول ولا يرجع العبد بالسعايه على الذي اعتقه حدث له مال او لم يحدث وهو قول ابي يوسف ومحمد واخرين منهم الظاهريه والقول الثالث قول ربيعه بن ابي عبد الرحمن انه لا يعتق منه شي كان باذن شريكه او بغير اذنه قال في المحلى رواه الطحاوي عن احمد بن ابي عمران عن محمد بن سماعه عن ابي يوسف ان ربيعه قال له ذلك وكذا رواه يونس بن عبيد عنه والقول الرابع انهما يتقاومانه اذا اراد احدهما اعتاقه او كتابته والقول الخامس يعتق نصيب من اعتق ويبقى من لم يعتق على نصيبه يفعل فيه ما شا ولا ضمان عليه وهو قول البتي وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه سعيد بن منصور وابو بكر بن ابي شيبه قال ابو محمد هذا اسناد كالذهب المحض قلت في طريق ابن ابي شيبه

سليمان بن مهران عن ابرهيم النخعي وهو مدلس وقد قال عن ابرهيم ولم يقل حدثني فلا يكون حجه وهو قول الزهري والقول السادس يعتق نصيب الذي اعتقه ولا يلزمه شي لشريكه الا ان يكون جاريه رايعه يقصد بها الوطي فانه يضمن لشريكه للضرر وهو قول عثمان ابن سليمان البتي والقول السابع شريكه بالخيار ان شا اعتق وان شا ضمن ولم يذكر فيه السعايه ولا الاعسار روي ذلك عن الثوري والليث والقول الثامن يضمن المعتق لشريكه قيمة نصيبه موسرا كان او معسرا يروى هذا عن عروه قال ابو محمد وهو مذهب زفر بن الهذيل وبشر بن غياث المريسي والقول التاسع يستسعى العبد لا غير موسرا كان المعتق او معسرا وهو قول عطا الاول والقول العاشر ان كان المعتق معسرا او اراد العبد اخذ نفسه بقيمته فهو اولى بذلك ان يقدر روي ذلك عن عبد الله بن بريد والقول الحادي عشر يعتق الباقي من بيت مال المسلمين روي ذلك عن محمد بن سيرين والقول الثاني عشر قومت عليه حصه شريكه واغرمها له واعتق كله بعد التقويم لا قبله وان شا شريكه اعتق نصيبه وليس له ان يمسكه رقيقا ولا ان يكاتبه ولا ان يدبره ولا ان يبيعه وان غفل عن التقويم حتى مات المعتق او العبد بطل وماله كله لمن تمسك بالرق وان كان الذي اعتق معسرا فالباقي رقيق يبيعه الساكت او يكاتبه او يدبره او يمسكه رقيقا سوا ايسر بعد اعتاقه او لا هذا قول مالك قال علي لا نعلم هذا القول لاحد قبله من السلف والقول الثالث عشر ان كان الذي اعتق موسرا قوم عليه حصه شريكه وهو

حر كله حين اعتقه وان كان معسرا فقد عتق منه ما اعتقه وبقي
سائره مملوكا يتصرف فيه مالكه كيف يشا من غير استسعا وهو
اخر قولي الشافعي ذكره في المحلي والقول الرابع عشر اختلفوا
فيما اذا استسعى العبد هل يكون الولا للمستسعي او للمعتق فذهب
ابو حنيفة الى ان الولا يكون بينهما وهو قول الحسن البصري وحماد بن
ابي سليمان والثوري وقال ابرهيم النخعي والشعبي وابن شبرمه
وابن ابي ليلى وابو يوسف ومحمد وكل من قال انه يعتق كله باعتاق
بعضه ان الولا للمعتق دون المستسعي والقول الخامس عشر
اختلفوا في رجوع المعتق على العبد اذا ضمن فقال ابو حنيفة يرجع
عليه وقال ابو يوسف ومحمد لا يرجع وهو قول ابن شبرمه وابن
ابي ليلى والقول السادس عشر اختلفوا في رجوع العبد على
المعتق اذا سعى قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد لا يرجع وقال
ابن ابي ليلى وابن شبرمه يرجع بذلك والقول السابع عشر ان كان
معسرا لا ينفذ اصلا والقول الثامن عشر يعتق كله ويسعى نصيب
شريكه دينا عليه في ذمته كاتلاف المعسر وهو القياس ذكرهما ابن
المنذر والقول التاسع عشر لا فرق بين المسلم والكافر وقال
ابو الخطاب في الكافر وجه انه لو اعتق نصيبه من المسلم لا يسري الى
باقيه ولا يقوم عليه لانه لا يصح منه شرا المسلم ذكره في المغني والقول
الموفي عشرين قال ملك اذا كان المعتق موسرا يجوز لشريكه ان
يعتق نصيبه منجزا او مضافا عند ابي حنيفة وقال ملك يعتقه معجلا
ولا يعتقه الى اجل ذكره في المدونه والقول الحادي والعشرون

الحادي والعشرون

اذا اعتق نصيبه وهو موسر لا يعتق حتى يودي قيمة نصيب شريكه عند
ملك واخرين وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي يعتق في الحال على ما ياتي
والقول الثاني والعشرون الحال موقوفة فاذا ادى تبين انه قد
عتق كله من وقت الاعتاق وهو احد الاقوال الثلاثة للشافعي
والثالث والعشرون هل يسري بالارث عندنا يسري بلا ضمان
وعند الشافعية وبعض المالكية لا سراية ولا ضمان والقول
الرابع والعشرون لو كان المشترك رهنا سرى عندنا وبين الشافعية
خلاف فيها والخامس والعشرون لو اوصى بعتق نصيبه سرى
عندنا وعند الشافعية لا يسري لانتقال ماله ولو رضي شريكه لا
يضمنه ويسعى العبد بخلاف الرضى بالشرط حيث لا يسقط تضمينه
بخلاف رضى المطلقة بالشرط في مرض الموت فانه يسقط حقها لانه
حق ضعيف ثبت على القياس ولهذا اشترط قيام العدة وحق المولى
في العبد قوي ثابت من كل وجه وفي الاسبيجابي اذا ضمن المعتق صار
نصيبه ملكا للمعتق فيعتقه او يستسعيه والولا كله له وفي
جوامع الفقه الساكت يضمن المعتق ان كان موسرا ويرجع
به على المعتق قبل ان يودي وان احاله بالضمان على العبد جاز وكذا
ان ابرا المعتق عن الضمان فله ان يرجع على العبد والولا للمعتق
وبطل استسعا الساكت للعبد وكذا لو اختار الاستسعا بطل
حقه في التضمين الا ان يموت العبد ولبعض الشركا ان يختار غير ما
يختاره صاحبه من الاستسعا والتضمين الا رواية عن الحسن

ولد البعض ورثة المولى ولو اختار بعض الورثة الاستسعا فليس
للبعض الاعتاق واليسار والاعسار يعتبر في الحال واليسار قدر الضمان
من غير المنزل والخادم وثياب البدن هكذا عن ابي حنيفه رضي الله عنه
احتجت الايمة الثلثه بحديث عبد الله بن عمر عن النبي عليه
السلام انه قال من اعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه
ثم يعتق رواه البخاري وهذا لفظه ومسلم وعنه من اعتق عبدا
بينه وبين اخر قوم عليه في ماله قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق
عليه في ماله ان كان موسرا وعن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد
قوم العبد عليه قيمة عدل فاعطى شركاوه حصصهم وعتق عليه والا
فقد عتق منه ما عتق اخرجاه وفي لفظ عن النبي عليه السلام من اعتق
نصيبا له في مملوك او شركا له في عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته
بقيمة عدل فهو عتيق اخرجاه قال نافع والا فقد عتق منه ما عتق
قال ايوب لا ادري اشي قاله نافع او شي في الحديث وعند مسلم
في حديث ايوب ويحيى بن سعيد فانهما ذكرا هذا الحرف في الحديث
وقالا لا ندري اهو شي في الحديث او قاله نافع من قبله وعن ابن عمر
كان يفتي في العبد او الامه يكون بين شركا فيعتق احدهم نصيبه كما
تقدم وعن ابي المليح واسمه عامر وقيل عمير عن ابيه واسمه اسامه
ابن عمير ان رجلا اعتق شقيصا من غلام فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه
وسلم فقال ليس لله شريك زاد محمد بن كثير في حديثه فاجاز النبي

عليه السلام عتقه اخرجه ابو داود والنسائي وابن ماجه وقال
النسائي ارسله سعيد بن ابي عروبه وهشام ابن ابي عبد الله وقال
هشام وسعيد اثبت من همام وقتاده وحديثهما المرسل اولى
بالصواب واسامه بن عمير له صحبه وهو هذلي بصري قال
المنذري لا نعلم ان احدا روى عنه غير ابنه ابي المليح وزاد احمد بن
حنبل والدارقطني ورق منه ما رق قال ابو محمد في المحلى وهي
موضوعه مكذوبه لا يجوز الاشتغال بها من صفته ولنا
في اثبات الاستسعا حديث ابي هريره رضي الله عنه ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شقيصا له في مملوك فخلاصه
عليه في ماله ان كان له مال والا قوم عليه واستسعى به غير مشقوق
عليه اخرجه البخاري ومسلم في الصحيحين وابو داود والترمذي
والنسائي وابن ماجه وابن حنبل وقال في المنتقى لابن تيميه رواه
الجماعه الا النسائي وعن ابي هريره عن النبي عليه السلام انه قال
من اعتق نصيبا له في مملوك فعليه ان يعتقه كله ان كان له مال والا
استسعى العبد غير مشقوق عليه اخرجه الشيخان وابو داود والترمذي
وفيه ايضا قوم العبد قيمة عدل ثم استسعى لصاحبه في قيمته
غير مشقوق عليه بالاسناد المذكور قال الشيخ تقي الدين
ابن دقيق العيد وقد اخرجه الشيخان في صحيحيهما وحسبك بذلك
فقد قالوا ان ذلك اعلى درجة الصحيح والذين لم يقولوا بالاستسعا
تعللوا بمعللات لا تصبر على النقد قلت منها قول
الخطابي حديث الاستسعا غير صحيح وقال ابن العربي السعايه

حكم ضعيف ليس له اصل في الشريعة فلا معنى للاشتغال به قلت
كل هذا هوى وتعصب على الحق وليس له مستند الا اتباع مقلده
قال الداودي الشقص والنصيب والسهم والحظ بمعنى وقال
القزاز الشقص لا يكون الا القليل من الكثير والشقص والشقيص كالنصف
والنصيف ذكره عياض وقال الداودي فقد عتق منه ما عتق
الاول بفتح العين وفي الثاني يجوز الوجهان الفتح والضم ولم يقله
احد غيره لانه لا يبنى من الفعل اللازم ما لم يسم فاعله عند اكثر
النحويين واجازه سيبويه خاصة على تقدير اقامة المصدر مقام
مفعول ما لم يسم فاعله فاجاز ضحك الضحك وقعد القعود قال
السفاقسي عتيق بمعنى معتق قلت ويجوز ان يكون بمعنى عاتق
وهو قياسه ومسموع ايضا وقالوا استسعى العبد لسيده اي
يستخدمه مالكه قالوا ولذلك قال غير مشقوق عليه اي لا يحمل فوق
ما يلزمه من الخدمة قال المنذري الا انه يرده قوله ثم
استسعي لصاحبه في قيمته غير مشقوق عليه قلت وكذا
اطلاق الاستسعا على الاستخدام بعيد ولانه اذا كان رقيقا عندهم
فلا فايدة في ذكره لان جواز استخدام الانسان لعبده معلوم
بالضرورة وطعنوا في احاديث الاستسعا قال الخطابي
اضطرب سعيد بن ابي عروبة في السعاية مرة يذكرها ومرة لا
يذكرها قالوا هو من كلام قتادة وفتواه وتفسيره ذكر ابو بكر
الخطيب ان ابا عبد الرحمن عبد الله بن يزيد المقري رواه همام وزاد
فيه ذكر السعاية وجعله من قول قتادة قلت قال ابو محمد

ابن حزم في المحلى على ثبوت الاستسعا ثلثون صحابيا وليس في قول
رسول الله صلى الله عليه وسلم والا فقد عتق منه ما عتق دليل على
حكم المعسر اصلا ولا شك انه قد عتق منه ما عتق وبقي حكم المعسر
في طلبه من غير هذا الحديث وهو ما اتفق البخاري ومسلم وابو داود
والترمذي وابن ماجه من طرق من حديث ابي هريرة رضي الله عنه
عن النبي عليه السلام الذي فيه الاستسعا قال ابن حزم في غاية
الصحة فلا يجوز الخروج عنه للزيادة التي اخل الاولون بها وفي
المعنى قال الاثرم طعن فيه سليمان بن حرب وضعفه وهذا دليل
على قلة دينه وتعصبه بالهوى واعراضه عن الحق ولا يلتفت اليه في
تضعيفه لحديث ثابت في الصحيحين وساير السنن وقال ابن حنبل
ليس الاستسعا يثبت عنه عليه السلام قلت حديث
الاستسعا متفق على صحته كما ذكرنا فلا يعرج على قوله وقولهم
وشعبة وهشام ومعمر حدثوا به ولم يذكروه قلنا الاحتجاج
بعدم ذكر الثلثة له جهل من المحتج به وقد ذكره الثقات غيرهم
الذين يردون الاحاديث الصحيحة لكونها ليست على شرطهم في
الصحة وفتوى قتادة غير قادحة في رفعه بعد رفع الثقات له
ورايناهم يقولون هذا في صحيح مسلم هذا في صحيح البخاري ولا
يسمعون معارضا لواحد منهما ويردون ما اتفقا عليه بالهوى
من غير معارض لان حديث ابن عمر ساكت عن ذكر السعاية والاثبات
من الثقات لا يعارضه السكوت عنه وكذا لو نفوه اذ الاثبات
مقدم على النفي في الترجيح اذا كانا من الثقات فكيف يقدم السكوت

على الاثبات وبطلانه بالسكوت وهذا خلف وقد قال ايوب
الثقة الحافظ المجمع على عدالته وحفظه وضبطه ان قوله والا عتق
منه ما عتق مدرج من قول نافع ولم يلتفتوا اليه وفي حديث ايوب
ويحيى بن سعيد عند مسلم فانهما قالا لا ندري اشيء في الحديث
ام قاله نافع من قبله فقد شكا في رفعه وادراج نافع معروف
عندهم ولم يلتفتوا الى شكهما مع ان الحديث يرد بما قل من هذا
عندهم لما كان رفعه من جهة البخاري ومسلم وقد قال
بالاستسعا الشعبي والنخعي والحسن وقتادة وشريح وسعيد
ابن المسيب قال ابن حزم في المحلى وهو قول ابي الزناد وابن
ابي ليلى وسليمان بن يسار وقال سليمان هكذا جاءت السنة وحماد
وابن جريج وابن شبرمة والاوزاعي والزهري والحسن بن حي وابي حنيفة
وابي يوسف ومحمد بن الحسن واسحق بن راهويه قال وهو قول
ابن عمر وثلثين من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد
تقدم ذكرهم قال ابن عمر ان لم يكن له سعى العبد وخالف روايته
ذكره ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه والحجة لابي حنيفة ما حدث
به الحافظ ابو جعفر الطحاوي قال حدثنا ابو البشر الرقي حدثنا ابو معوية
عن الاعمش عن ابرهيم عن عبد الرحمن بن يزيد قال كان غلام لنا قد
شهد القادسية فابلى فيها وكان بيني وبين اخي الاسود وامي
فارادوا عتقه وكنت يومئذ صغيرا فذكر ذلك الاسود لعمر بن
الخطاب فقال اعتقوا انتم فاذا بلغ فان رغب فيما رغبتم اعتقوا والا
ضمنكم بين ان له ان يعتقه بعد بلوغه وقد كان دخله العتق وهذا

قول ابي حنيفة قال ابن حزم ومن طريق ابي بكر بن ابي شيبة
وسعيد بن منصور قالا جميعا حدثنا ابو معوية هو محمد بن حازم
الضرير عن الاعمش عن ابرهيم عن عبد الرحمن بن يزيد الى اخره قال
وهذا اسناد كالذهب المحض واذا اعتق نصيبه وهو موسر قال
الزهري وعمرو بن دينار ومالك واحمد لا يعتق نصيب شريكه حتى
يودي القيمة ويكون ملكه قبل ذلك حتى ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ
تصرفه فيه غير العتق واحتجوا بالحديث الذي فيه فاعطى شركاءه
حصصهم وعتق جميع العبد في سنن ابي داود ثم يعتق وهو قول
ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد واسحق وابن المنذر والشافعي
في قوله واختاره المزني يعتق كله في الحال وهو قول ابن شبرمة
وابن ابي ليلى والثوري وابن حنبل وفي المنهاج تقع السراية في الحال
بنفس الاعتاق وفي قول باداء القيمة كقول مالك وفي قول ان
دفعها بان انها بالاعتاق وقوله ومن المسئلة تبنى على حرفين
احدهما تجزي الاعتاق وعدمه على ما بينا والحرف الثاني ان يسار
المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع كما تقدم في الاحاديث
وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد ولهذا قالوا اذا كان
معسرا فله بيع نصيبه وهبته وان كان موسرا فنصيب الساكت
رقيق حتى يؤدي قيمته فكان له ان يضمنه كما لو هبت الريح فالقت
ثوب انسان في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة
صبغ الآخر موسرا كان او معسرا قلت ليس نظير الصبغ
عتق لانه لا نص المعتق في اعتاقه وان اثر بعده بخلاف الصبغ

والاتلافات ولو اعتق نصيبه في مرض موته موسرا لا يضمن عنده ويسعى
العبد لشريكه فلم يكن نظير الاتلاف ولو احرق داره فتعدى الى دار
جاره لا يضمن والفرق ان الافساد ثمه غير لازم وفي الاعتاق لازم
فافترقا حتى لو كان ذلك في يوم شديد الريح اوجبوا الضمان
استحسانا ثم المعتبر في اليسار يسار التيسير وهو ان يملك من
المال قدر قيمة نصيب الساكت لا يسار الغنى وفي جوامع الفقه من
غير المنزل والخادم وثياب البدن هكذا عن ابي حنيفة وفي المنتقى في
رواية الحسن عنه وعن محمد ان يكون مالكا قيمة نصيب الشريك من
المال والعروض وبه اخذ عامة المشايخ ومنهم من اعتبر نصاب حرمة
الصدقة وقد ذكرناه وفي المغني في اليسار ان يكون له
فضل عن قوت يومه وليلته خارجا عن كسوته ومسكنه وما
لا بد له منه ولا يباع فيه دار ولا رباع وقال مالك والشافعي
يباع فيه شوار بيته وماله بال من كسوته كسائر الدعاوى قلنا
يعتدل النظر بذلك من الجانبين بتحقق ما قصد المعتق من القربة
وايصال بدل حق الساكت اليه بخلاف قصد الاتلاف ثم التخريج
على قولهما ظاهر بعدم رجوع المعتق على العبد بما ضمن لعدم وجوب
السعاية عليه في حالة اليسار عندهما والولاء للمعتق لان العتق
كله من جهته لعدم تجزي الاعتاق واما التخريج على قوله
فخيار الاعتاق واخواته لقيام ملكه في الباقي لتجزي الاعتاق عنده
على ما مر والتضمين لافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة
ونحوهما والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق على العبد بما ضمن لانه

قام مقام الساكت باداء الضمان كالغاصب اذا ضمن يرجع على غاصبه
ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا وان كان لا يجوز تمليكه بخلاف ضمان
المدبر وام الولد فانهما لا يملكان بالضمان وضمانهما ضمان الحيلولة
وهنا كان قابلا للتملك وقت الاعتاق فيستند الملك وقد
اعتق بعضه فيعتق باقيه او يستسعيه ان شاء والولاء للمعتق
في هذا الوجه لان العتق كله من جهته وفي اعسار المعتق ان شاء
اعتق نصيبه لقيام ملكه عنده وان شاء استسعى لما بينا والولاء
له في الوجهين ولا يرجع المستسعى على المعتق بما ادى باجماع بيننا
لانه يسعى لفكاك رقبته لا انه يقضي دينا على المعتق لانه لا شي
عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن وهو معسر
فلهذا يرجع عليه وكذا لو اعتق جاريته على ان تزوجه نفسها
فامتنعت تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو اعتقها على خمر او
خنزير تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية
فاستحقت عتق العبد ويسعى في قيمته وهو حر عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد وزفر يجب عليه قيمة الجارية وكذا المولى لو اعتق عبده
المديون وهو معسر يسعى وهو حر وحاصله ان السعاية متى
وجبت بعد زوال الرق يسعى وهو حر كالراهن اذا اعتق المرهون
وهو معسر يسعى وهو حر وان وجبت لنزول العتق يسعى وهو
رقيق كما في معتق البعض عنده بخلاف المريض اذا اعتق عبده فانه
يسعى وهو رقيق لان تصرفه موقوف فيما لا ينتقض عنده ونافذ فيما
ينتقض كالهبة والعتق وجه قول الشافعي في دفع السعاية

ان العبد غير جان ولا راض بها فلا يلزم قلنا احتبست ماليته
عنده لغير رضى الساكت فيأمر بالسعاية بالنص ولينال شرف
الحرية وليصل الساكت الى بدل حقه جمعا بين المصلحتين واما
كون نصفه حرا ونصفه رقيقا لا تشهد له اصول الشرع كما لا
تشهد بان يكون نصف المراة مطلقة ونصفها غير مطلقة او يقتل
نصف الرجل ويبقى نصفه غير مستحق القتل وفي البدائع الضمان
انواع ثلثة ضمان تملك كاستيلاد الجارية المشتركة وضمان
افساد كالاتلافات واعتاق العبد المشترك عندهما وضمان
احتباس كاعتاق العبد المشترك على قول ابي حنيفة وقالت
الشافعية المولى لا يوجب على عبده دينا فكيف يستسعيه
الساكت قلنا اعتراض على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد
ثبت ذلك عنه في الصحيحين ويجوز ان يجب على العبد دين لسيده
كالمكاتب فانه عبد ما بقي عليه درهم ومعتق البعض كالمكاتب
عنده الا انه بالعجز عن السعاية لا يعود رقيقا كما كان ويلزمه
السعاية وبدل الكتابة غير لازمة ولهذا لا يجوز الضمان به ويجوز
استبقاء المكاتب على الرق ولا يجوز استبقاء معتق البعض على
الرق والملك ثابت في المكاتب ما بقي عليه درهم وقد زال عن
معتق البعض من نصيب المعتق وفي الحواشي انما يرجع العبد
على المعتق اذا سعى عند ابن ابي ليلى وزفر وكذا يرجع المعتق على العبد
اذا ضمن عندهما قاله صاحب الحواشي وهذه المسئلة مسدسة
لان فيها ستة اقوال قلنا فيها خمسة وعشر قولا لاهل

العلم وقد تقدم ذكر ذلك ثم الضمان هو الاصل عند ابي حنيفة في رواية
وفي رواية اخرى الواجب احدهما غير عين فايهما اختار فهو الواجب
ثمرة الخلاف تظهر فيما اذا مات العبد او المعتق الموسر قبل التضمين
او الاستسعاء فعلى الرواية الاولى له حق التضمين لانه الاصل
فلا يسقط بالموت كالغصب وعلى الرواية الثانية ليس له ذلك
لان بالضمان يثبت تملك المضمون ولا يملك ذلك بعد الموت وكذا لو
ترك اكسابا فعلى الاول ليس له اخذها بطريق السعاية لان الضمان
هو الاصل فيكون استكسابا بعد الموت وذلك لا يتصور وعلى الثانية
له اخذ الاكساب لان الواجب احدهما فيتبين ان الواجب من الاصل
هو الاستسعاء فيكون استكسابا قبل الموت وبموته لا يبطل
السعاية فياخذ اكسابه وفي الذخيرة لو اراد الساكت تضمين
المعتق الموسر ثم اراد ان يستسعى العبد فله ذلك ما لم يقبل المعتق
الضمان او يحكم به حاكم وهو رواية ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة
وذكر في الاصل انه اذا اختار التضمين لم يكن له اختيار السعاية
من غير تفصيل ولو اختار استسعاء العبد لم يكن له اختيار التضمين
بعد ذلك رضي العبد بالسعاية او لم يرض باتفاق الروايات وهذا
التفريع انما يتاتى على قول ابي حنيفة اما على قولهما فليس له الا الضمان
الموسر او استسعاء العبد عند عسرة المعتق وقول الشيخ في
مختصر الجامع مع اختيار التضمين ابرأه عن السعاية وعند محمد لا يحتمل
نقضا او يرضى لا يتاتى هذا على قولهما وانما هو رواية عن ابي حنيفة
كما ذكر في الذخيرة وانما ذلك في الغصب وشريك المعتق لو مات

فكل وارث ما كان رواه محمد عنه وخالف فيه ابن زياد وقد ذكرنا من
جنسها قبل هذا وعدم اما ان يتفقوا على التضمين او السعاية او
الاعتاق وكما لو كان الساكت حيا فليس له ان يجمع بين التضمين والسعاية
وان اختلف المعتق والساكت في قيمة العبد ان كانت المدة من وقت
الاعتاق قريبة يحكم حال العبد وان كانت بعيدة فالقول للمعتق
لانكاره الزيادة فان قال احدهما كان العتق الساعة وقال الاخر
كان من سنين وقد عرف ان قيمته في ذلك الوقت كانت الفا وقيمته
الان خمسمائة يحكم الحال لان العتق حادث فيضاف الى اقرب
الاوقات وكذا اذا وقع الخلف بين العبد والساكت وكذا لو وقع
الاختلاف بين المعتق والساكت في حال المعتق يوم الاعتاق في
اليسار والاعسار ان كانت المدة قريبة يحكم الحال وان كانت
بعيدة لا يحكم وفي المنتقى عن محمد اذا اعتقه من سنة فقال المعتق
كنت اعتقته وانا معسر وقال الاخر كنت يومئذ موسرا انه يحكم
الحال فكانه جعل السنة قريبة ولو صالحه على اكثر من قيمته بدراهم
او دنانير بغبن فاحش لا يجوز وعلى عرض يجوز ولو امتنع العبد من
السعاية وله عمل معروف يوجر ويوخذ من اجرته وكذا كل مدين
له صنعة ذكره في المنتقى عن ابي يوسف وفيه ايضا ان كان
العبد صغيرا يعقل ورضي بذلك جاز عليه وكان الاجر للذي لم يعتق
قصاصا من حقه وفي الجامع قال انت حر ان يقع عند محمد خلافا
لابي يوسف وجه قول محمد ان التعليق لم يتم لعدم ذكر الفعل
فبقي ارسالا ولابي يوسف انه لما ذكر حرف الشرط لم يخرج كلامه

مخرج التنجيز والارسال وان لم يتم التعليق فلا يقع قوله
قال ولو شهد كل من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل
واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين او كان احدهما موسرا
والاخر معسرا عند ابي حنيفة لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه
اعتق نصيبه وافسد نصيبي بذلك فصار في حكم المكاتب عند
ابي حنيفة فيصدق في حق نفسه ويستسعيه لانه ان كان صادقا
كان العبد بمنزلة المكاتب عنده وان كان كاذبا كان مملوكا له
واياما كان فله ولاية استسعايه واستكسابه ولا يختلف
ذلك باليسار والاعسار لان حقه في حالتي اليسار والاعسار
في احد شيئين التضمين او السعاية وبعذر التضمين لانكارهما
تعين الاستسعاء والولاء بينهما لان كل واحد منهما يعترف بان
نصف الولاء لصاحبه بالاعتاق والنصف له بالسعاية فكان بينهما
على ما اتفقا عليه ويحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لدعوى
الضمان عليه او السعاية على العبد وصاحبه منكر وعندهما ان
كانا موسرين فلا سعاية عليه لسقوط السعاية بدعوى الضمان
لان يسار المعتق يمنع من السعاية عندهما الا ان الضمان لم يثبت
لعدم البينة والبراءة تثبت لاقراره على نفسه وان كانا معسرين
سعى لهما وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للموسر لانه لا
يدعي الضمان على صاحبه لعسرته وانما يدعي السعاية على العبد
ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على شريكه فكان مبريا للعبد من
السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك لان كل واحد منهما يزعم

ان الولا للغير وهو ينكر فيبقى موقوفا حتى يتفقا على المعتق ولو قال
احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الاخر ان
دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل ام لا عتق نصفه وسعى له
في النصف وهذا عند ابي حنيفه وابي يوسف وقال محمد يسعى في
جميع قيمته لان المقضى عليه بسقوط السعايه مجهول فصار كما لو
قال لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشي للجهاله كذا هذا
ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعايه بحنث احدهما فكيف
يقضى بوجوب الكل مع التيقن بسقوط النصف فصار كمن طلق
احدى نسايه الاربع قبل الدخول بهن ثم مات قبل البيان يسقط
نصف مهر للتيقن وان كان المقضى عليها مجهوله ويرتفع الجهاله
بالشيوع والتوزيع كما لو اعتق احد عبديه بغير عينه او بعينه
ونسيه ومات قبل التذكر والبيان قال وسائر التفريع فيه
على ان يسار المعتق يمنع السعايه او لا يمنعها على الاختلاف الذي
سبق وفي الجامع قال امراته طالق ان كان دخل الدار امس وعبده
حر ان لم يكن دخلها امس حنث فيهما لاعترافه بشرطهما نظيره اعتق
احد عبديه ثم قال لكل واحد منهما لم اعتقك عتقا وكذا الطلاق
وعن ابي يوسف يحنث في الاولى بالثانيه ولا يحنث في الثانيه ولو قال
لاحد هذين على الف فقيل له اهو هذا فقال لا لم يجب للاخر شي والفرق
ان البيان في العتق والطلاق واجب عليه ولهذا يجبر عليه فكان تعيين
احدهما نفي الاخر بخلاف الاقرار فانه لا يجبر على البيان فيه فلا حاجة
الى جعل نفي احدهما تعيينا للاخر ذكر الفرق في الواقعات وفي المحيط

حلف بالله انه لم يدخل هذه الدار اليوم ثم قال عبده حر ان لم يكن
دخلها اليوم فانه لا كفارة عليه ولا يعتق عبده لانه ان كان صادقا
في يمينه بالله لم يحنث وان كان كاذبا فهي يمين الغموس واليمين بالله لا مدخل
لها في القضا فلم يصر مكذبا شرعا ولو حلف كل واحد منهما على عبده
كذلك لم يعتق واحد منهما لان المقضى عليه بالعتق مجهول وكذا
المقضى له والمعلوم المقضى به وهو عتق رقبه واحده وجهالتهما يمنع
من صحة القضا لتفاحشها وفي الوجيز جهالة المعتق او المعتق
لا يمنع وهما يمنع اي جهالتهما وفي العبد الواحد المقضى له والمقضى به
معلومان والمجهول انما هو المقضى له لا غير فغلب المعلوم المجهول فيه
وفيما قبله غلب المجهول المعلوم كما ذكرنا ولو ملكهما واحد يومر بالبيان
وان اجمل عتق لان احدهما حر بيقين ومنهم من قال في الترتيب البان
معين للحريه ولو تقايضا عتق كل على مشتريه ويضمن قيمته لفساد
العقد واحدهما يعتق بالثمن قوله واذا اشترى رجلان
ابن احدهما عتق نصيب الاب ولا ضمان عليه للاخر علم انه ابن شريكه
او لم يعلم وكذلك اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شا اعتق نصيبه
وان شا استسعى العبد وقالا في الشرا يضمن الاب نصف قيمة ابنه
ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه
وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبه او اغتنام او صدقه او وصيه وهو
قول مالك ذكره في المدونه والشافعي وابن حنبل ذكرهما في المغني
الا انهم لا يستسعونه والاخ لا يعتق عند الشافعي على ما مر ولا
خلاف في الارث بين اصحابنا وهو قول مالك والشافعي وابن حنبل الا

في روايه عنه فانه جعله كالشرا وقال قوم لا يسري الى الباقي
في الكل كالارث لعدم الاعتاق منه وفي المنهاج لا يسري في الارث
والوصيه ولو كان قال احدهما ان اشتريت نصف هذا العبد
فهو حر لا يضمن عند ابي حنيفه وعندهما يضمن واجمع اصحابنا على
ان احد الشريكين لو باع نصيبه من قريب العبد كان لشريكه ان يضمن
المشتري اذا كان موسرا وليس له تضمين البايع لان العتق يضاف الى
قبوله وهو العله ومن اشترى نصف ابنه ممن يملك كله لا يضمن
لبايعه شيا عنده وعندهما يضمن وفي المحيط لو باع نصيبه
ممن يعتق عليه ضمنه بالاتفاق ولو ورثاه لا يضمن بالاتفاق وان
اشترياه واحدهما ممن يعتق عليه لا يضمنه عنده ويسعى العبد
ويضمن عندهما والضمان في مسله اليمين على الخلاف ولو اشترى
اجنبي نصفه اولا ثم اشترى القريب نصفه وهو موسر ضمن وروى
عن ابي يوسف في عبد اشترى نفسه هو واجنبي ان البيع باطل في
حصة الاجنبي لاشتمال العقد على البيع والاعتاق بخلاف شرا القريب
مع الاجنبي لان العتق يثبت بعد الشرا بانقلابه فكان اوله تمليكا
بعوض واخره عتقا وبيع العبد من نفسه اعتاق وروي عن ابي يوسف
لو قال ان ملكت شيا من هذا العبد فهو حر ثم اشتراه وابوه
عتق على الاب لا على الحالف لانه كما ملك عتق بجهة النسب لانه
سابق على اليمين فلم ينقلب الشرا اعتاقا ولو قال ان اشتريته
فهو حر وادعى انه ابنه فاشترياه عتق عليهما لان النسب يثبت
مقارنا لليمين فاجتمع سببا العتق بينهما عند الملك فعتق عليهما

ونصف ولايه للحالف وهو ابن الذي ادعاه وكذا لو قال احدهما هو
ابني وقال الاخر هو حر معا عتق ونصف ولايه للمعتق وهو ابن المدعي
لهما انه افسد نصيب صاحبه بالاعتاق لان شرا القريب
اعتاق فصار كاعتاق احد الشريكين وله انه رضي بافساد
نصيبه فلا يضمنه كما لو اعتق نصيبه برضى شريكه صريحا ووجهه
انه شاركه في علة العتق وهو الشرا لما عرف ان شرا القريب
اعتاق ولهذا لا يحتاج الى التلفظ بالاعتاق ويخرج به عن الكفاره
اذا نواها عندنا وهو ضمان افساد ولهذا يختلف باليسار
والاعسار باتفاق اصحابنا فيسقط بالرضى بالعله كما لو اعتقه
باذن شريكه فانه لا يضمن بالاتفاق بخلاف الرضى بالشرط وقد
تقدمت المسله ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر
الروايه عنه لان الحكم مدار على السبب كما اذا قال الغير كل هذا
الطعام وهو مملوك للامر فاكله ولا يعلم الامر بملكه لا يضمنه
وكما لو قدم الى انسان طعام فاكله ولم يعلم انه ملك الاكل لا يضمنه
المقدم فان بدا الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الاخر
وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شا ضمن الاب وان شا استسعى الابن
في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وما رضي بافساد نصيبه فلم
يسقط تضمينه وهذا عند ابي حنيفه لان يسار المعتق لا يمنع
السعايه عنده وعندهما لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته مع
اليسار ويستسعي العبد عند العسر وصورة ارثهما له امراه
اشترت ابن زوجها من غيرها ثم ماتت عن زوجها واخيها ورث

ابنه وفسد على الاخ نصيبه منه وصورة اخرى لرجلين عم وله
جارية زوجها احدهما فولدت ولدا ثم مات العم وورث الولد ابوه
وعمه فسد نصيب العم وصورة اخرى انسان زوج امته من ابن اخيه
شقيقه او لابيه فولدت ولدا فمات مولى الامه وترك بنا وابن
اخيه ابا الولد وصورة اخرى معتقة لها ابن مملوك فتزوجت
بسيد ابنها ومات السيد وترك زوجته وامه او بنته
او اباه او اخاه او اخته والى غير ذلك وصورة اخرى رجل مات
وله ابنان وترك مملوكا هو اخو احدهما من امه عتق نصيبه ولا
يضمن لاخيه من ابيه شيا وصورة اخرى رجل اشترى جارية
ولها ولد من غيره معها وله ولد من غيرها ثم ولدت من مشتريها
فمات وتركها وولدها ميراثا فيكون ولدها من غيره بينهما
ميراثا وصورة اخرى رجل اشترى ابن ابن عمه ثم مات وترك ابني
عمه احدهما ابو المملوك فانهما يرثانه قوله واذا
كان عبد بين ثلثة دبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الاخر وهو
موسر فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق
وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي
ضمنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد للذي دبره اول مرة ويضمن
ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا ان التدبير
يتجزا عند ابي حنيفة وتقييده باليسار مفيد على قول ابي حنيفة
حتى لو كان معسرا لا يضمن شيا ولكن يسعى لانه عبد كما كان
والتدبير كالاعتاق لانه شعبة من شعبه ولما كان متجزيا عنده

اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الاخرين فلكل واحد منهما
ان يدبر نصيبه او يعتقه او يكاتبه او يضمن المدبر او يستسعي العبد
في قيمة نصيبه او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه الا انه
فسد في منع البيع والهبة وفي الفروق لو اعتق احدهما نصيبه
فليس للاخر ان يتركه على حاله ولو كان الكل له فدبر نصيبه فله
ان يتركه على حاله وفي العتق ليس له ان يستبقي الرق في الباقي
والفرق ان التدبير لا يزيل الملك بخلاف العتق حتى كان له ان
يستخدمه في التدبير دون العتق ثم اذا اختار احدهما العتق
تعين حقه فيه وسقط حقه في اختيار غيره فتوجه للساكت سببا
ضمان تدبير المدبر واعتاق المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون
الضمان ضمان معاوضة لانه الاصل حتى جعل ضمان الغصب ضمان
معاوضة ولهذا يصح اقرار المأذون والمفاوض بالغصب والاستهلاك
ولا يصح اقرارهما بالجناية لعدم المعاوضة على ما ياتي ان شا الله تعالى
وامكن ذلك في التدبير لكون العبد قابلا للنقل من ملك الى ملك
وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق قال صاحب الكتاب
لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين قال ولا بد
من رضى المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر
قنا ولا يضمن المعتق وفي الحواشي التدبير سرى الى نصيب
شريكه حتى لا يملك البيع والهبة من غير المدبر والتدبير عنده
يقتصر على نصيبه ولا يصير الكل مدبرا وفي المبسوط صار نصيبه
بحيث لا يحتمل النقل الا الى ملك المدبر بالضمان وهو المراد بالبيع

والهبه فيما ذكره في الحواشي فلو اثبتنا له حق تضمين المعتق انتقل
نصيبه الى ملك المعتق بالضمان وذلك ممتنع بسبب التدبير السابق
وضمان المدبّر ضمان حيلوله لا ضمان معاوضه وقال جلال الدين
ابن المصنف رحمهما الله قوله مكاتب او حر على اختلاف الاصلين غير
مستقيم وكذا قوله ولا بد من رضا المكاتب بفسخه لانه بعد الاعتاق
ليس بمكاتب ولا حر وانما يصير كذلك بعد الاعتاق والمستسعى
عند ابي حنيفه وان كان بمنزله المكاتب الا انه لا ينفسخ بالعجز ولا
بالتفاسخ وانما الصحيح ان يقال لانه عند ذلك مدبر ثم للمدبر
ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا
باعتاقه والضمان يتقدر بقيمه المتلف وقيمه المدبر ثلثا قيمته قنا
على ما قالوا لان في المملوك ثلث منافع الاستخدام والاسترباح
بواسطه البيع وقضا الدين بعد موت المولى وبالتدبير يفوت
الاسترباح بالبيع ولا يفوت الاستخدام وقضا الدين بعد الموت
وفيه اربعه اقوال اخر تاتي ان شا الله تعالى ولا يضمنه قيمه ما
ملكه بالضمان من جهه الساكت لان ملكه فيه ثبت مستندا
وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في التضمين ولان الساكت
لم يكن متمكنا من تضمين المعتق فكذا من قام مقامه بالضمان ولم
استسعاه ولان المدبر قام مقامه فكان له ذلك ويرد عليه لو ملك
المدبر في يد غاصب الغاصب وضمنه الغاصب يرجع على الثاني
وان كان ملكه ثبت مستندا كما ذكر وهو ضمان حيلوله وهو
ماش على تعليل القيام والولا بين المدبر والمعتق اثلاثا ثلثاه

للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار ولم
ينتقل الى المعتق ثلث المدبّر الذي ضمنه للمدبر لانه لا ينتقل
بالضمان بل الضمان ضمان حيلوله فيه فبقي على ملك المدبر وكذا
الثلث الذي ضمنه للساكت فتم له الملك ن وفي الزيادات مكاتب
بين اثنين اعتقه احدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان
ولا ضمان عليه ولا سعايه الا بعد عجزه عند ابي حنيفه والكتابه تتجزا
عنده وعندهما عتق كله والولا له بخلاف المدبر لانه لا ينتقل من
ملك الى ملك ولا ينفسخ بحال فكان المانع قايما فلا يحتمل والكتابه قابله
للفسخ فيحتمل الاعتاق وكذا لو دبره احدهما ينفذ في نصيبه ويبقى
نصيب الاخر مكاتبا من غير ضمان ولا سعايه عند ابي حنيفه لان
نصيب الاخر على حاله عنده واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما
صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكه فيضمنه ولا
يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالاستيلاد
بخلاف الاعتاق لانه ضمان جنايه والولا كله للمدبر لتملك
نصيب شريكه المعتق لان اعتاقه لغو والساكت وهذا ظاهر
قــــوله واذا كانت جاريه بين رجلين زعم احدهما
انها ام ولد لصاحبه فانكر فهي موقوفه يوما وتخدم المنكر يوما
عند ابي حنيفه وقالا ان شا المنكر استسعى الجاريه في نصف قيمتها
ثم تكون حره لا سبيل عليها لانها عتقت كلها بالادا عندهما وفي
المبسوط قول ابي حنيفه هو قول ابي يوسف الاخر وقوله الاول
هو قول محمد وذكر في الاصل رجوع ابي يوسف الى قول ابي حنيفه لمحمد

انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها
فصار كما اذا اقر المشتري ان البايع كان اعتق المبيع قبل البيع يجعل
كانه اعتقه الان وولاه موقوف على تصديقه كذا هذا فيمتنع
الخدمه ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى السعايه وتعتق
بها كام ولد النصراني اذا اسلمت وابى الاسلام لان اقراره على شريكه
بامومية الولد كشهادته عليه باعتاقه نصيبه ولابي حنيفه
وابي يوسف ان المقر لو صدق كانت الخدمه كلها للمصدق
ولو كذب كان له نصف الخدمه لانها امه بينهما والنصف
متيقن به فيثبت ولا خدمه للشريك الزاعم ولا سعايه لانه يدعي
عليه ضمان التملك في العقر والبثر بدعوى الاستيلاد فكان
ذلك ابراءها من الخدمه والسعايه والاقرار بامومية الولد
يتضمن الاقرار بالنسب وهذا امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان
يجعل كالمستولد والفرق بينها وبين ام ولد النصراني انه
قد تعذر استدامة الملك فيها هناك فتخرج الى السعايه وهنا
ما اقر به لو كان حقا لم يكن استدامة الملك فيها ممتنعا فلا
معنى لايجاب السعايه عليها للمنكر ثم جنايتها والجنايه عليها
تكون موقوفه في قول ابي حنيفه وفي قول محمد هي بمنزلة المكاتبه
تسعى في جنايتها وفي الجنايه عليها باخذ الارش وقيل الصحيح
عند ابي حنيفه ان نصف الجنايه على الجاحد لان نصفها مملوك له
مطلقا يستخدمه بقدر النصف والنصف الاخر يتوقف وعلى
قول محمد تسعى في الجنايه عليها في الاقل من قيمتها ومن ارش الجنايه

لانها احق بكسبها ولهذا ينفق على نفسها من كسبها ولو جعلنا
موقوفه لمن ينفق عليها وفي الحواشي بخلاف اقراره على بايعه
بالعتق او اقرار احد الشريكين على صاحبه بالعتق لان هناك على تقدير
الصدق لا يكون للمنكر شي من الخدمه قال ومن اقر بنسب
صغير لرجل ثم ادعاه لنفسه لا يصح وان كذبه المقر له فيه وفي
قاضي خان فاذا مات المنكر عتقت لان عتقها معلق بموت المنكر
في زعم المقر وتسعى لورثه المنكر في نصف قيمتها ولا تسعى للمقر
لدعوى الضمان على ما مر ولا تعتق بموته ولو كان اقراره انقلب
عليه كما قال محمد لعتقت بموته قوله وان كانت
ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه هذا قول
امامنا وحده انفرد به عن سائر العلما وقالا يضمن نصف قيمتها
وهو قول سائر الفقها وهذا بنا على ان ام الولد غير متقومه ولا
ماليه فيها عنده وعندهما متقومه قال وعلى هذا الاصل
عده مسايل اوردناها في كفاية المنتهي ومنها اذا مات
احدهما لا يسعى للاخر عنده ومنها ان ام الولد بين الشريكين
اذا جاءت بولد فادعاه احدهما وثبت نسبه منه وعتق لا يضمن
من قيمته شيا لشريكه عنده ولا سعايه عليه ومنها انه
لو باعها وسلمها للمشتري وماتت عنده لا يضمن عنده ومنها
لو غصبها غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده وعندهما يضمن
وتسعى فيما تقدم وذكر في الزيادات انها تضمن عنده بالغصب
كما يضمن به الصبي الحر حتى لو قربها الى مسبعه فافترسها سبع يضمن

لانه ضمان جنايه لا ضمان غصب وتضمن بالقتل بالاتفاق لانه ضمان
جنايه ولهذا لا يصح اقرار الماذون والمفاوض به حتى يضمن الحرية
للجمهور انها مملوكه فيكون مالا متقوما كالقن ولهذا يملك
وطيها وتزويجها واستخدامها واستكسابها ولو قال كل مملوك
لي حر عتقت ولان عتقها معلق بالموت وذلك لا يمنع تقومها كالمدبر الا
انها لا تسعى للغرما والورثه لانها مصروفه الى حاجته كيلا تضيع
نسبه وماوه بخلاف المدبر والامام يقول المالية والتقوم
بالاحراز والادمي باعتبار الاصل ليس بمال لانه خلق ليكون مالكا
للمال لا ليكون مالا ولكن متى صح احرازه على قصد التمول صار مالا
وثبت به التقوم وملك المنفعه تبعا فاذا حصنها واستولدها
فقد ظهر ان احرازه لها كان لملك المتعه لا لقصد التمول ولهذا لا
يسعى للغرما والورثه وما كان مالا في حياته تعلق به حق الغرما
وورثته ولما لم تسع للغرما والورثه دل على انه لم يبق لها صفه
الماليه والتقوم بخلاف المدبره فان احرازها للماليه لا للمتعة
ولهذا تقومت في حق الغرما والورثه والذي يوضح قول ابي حنيفه
ان الباقي للمولى على ام الولد ملك الخدمه والمتعه والمنفعه وذلك
اذا فات لا يوجب ضمانا والباقي في المدبر ملك الماليه ولهذا
تقضى ديونه منها بعد موته والمال يضمن بالاتلاف والتفويت
ويدخل على قول ابي حنيفه ام ولد النصراني اذا اسلمت والمغرور
بام الولد فانه يضمن قيمتها وام ولد النصراني بدل مكاتبه لانها
لا يجوز بيعه المسلمه في ملك الكافر ودين فكان في ذلك جمع بين

المصلحتين ودفع الضرر عن الجانبين وبدل الكتابه لا يفتقر وجوبه
الى التقوم لا سيما الكتابه التقديريه كاستقراض الحيوان صحيحا
ومسئله المغرور بام الولد مانى غران قيمتها ثلث قيمتها قنا على
ما قالوا لفوات المنفعتين من المنافع الثلث وهما منفعه البيع
والسعايه بعد الموت وفي الذخيره وقال ينظر بكم يستخدم
مده عمرها وقال بعضهم يسال المقومون ان العلما لو جوزوا
بيعها بكم يشترى على ان المشتري احق بمنافعها دون رقبتها وعلى
انها تعتق بموت مولاها ولا تسعى للغرما والورثه فان قالوا
بمايه درهم مثلا يجب ذلك القدر وقال بعضهم يجب نصف قيمتها
قنا وفي المدبر خمسه اقوال احدها ثلثا قيمته قنا وقد
تقدم ثانيها ينظر بكم يستخدم المدبر مده عمره لان الباقي بعد
التدبير ملك الخدمه لا غير ثالثها يقوم فايت المنافع التي تفوت
بالتدبير قال والى هذا اشار محمد في بعض الكتب رابعها تعتبر
نصف قيمته لو كان قنا لان الانتفاع بالمملوك نوعان انتفاع بالعين
وهو قايم وانتفاع ببدله وهو الثمن وقد فات فكان الباقي نصف
قيمته قنا والى هذا مال الصدر الشهيد حسام الدين خامسها
يسال من اهل الخبره ان العلما لو جوزوا بيعه بكم يشترى هذا
المدبر على ان المشتري احق بمنافعه دون رقبته وعلى انه يعتق
بموت مولاه فان قالوا بمايه وخمسين درهما مثلا يجب ذلك
القدر واما معرفه قيمه المكاتب فلم ينقل عن المتقدمين فيه
شي واشار محمد في جنايات الجامع انه كالقن واشار ايضا في

جنايات الجامع والجامع الصغير الى ان قيمته اقل من قيمة القن ولم
يبين مقداره وقيل ينبغي ان تكون قيمته نصف قيمته قنا لان الانتفاع
بالمملوك نوعان انتفاع بعينه وانتفاع ببدله والانتفاع بعينه باقي
على تقدير عجزه وببدله على تقدير ادائه وقيل يسأل المقومون
ان العلماء لو جوزوا بيعه بكم يشتري هذا المكاتب على انه يعود
رقيقا بالعجز فيسلم له عينه ويعتق بالاداء فيسلم له بدله ذكر ذلك
كله في الذخيرة وفي الحواشي التقوم بالاحراز لا بنفسه واحراز
ام الولد للنسب والاستمتاع ولهذا يثبت نسب ولدها منه
بمجرد دعوه كالمنكوحات لا كالمملوكات فلم يكن مضمونا وقوله
عليه السلام اعتقها ولدها يقتضي حريتها في الحال وسقوط
المالية والتقوم الا انه اخر في حق حقيقة العتق لحاجته ولم
يظهر عمله في الحال لذلك وظهر في حق سقوط التقوم كلا ملغى
بالكلية ولهذا امتنع بيعها وبيعها بعد الموت لعدم المالية
ووجوب السعاية على ام ولد النصراني باعتبار اعتقاده ماليتها
فانا امرنا بتركهم وما يدينون لا باعتبار انها متقومة على الحقيقة
كما قلنا بوجوب ضمان خمرهم على متلفها المسلم عملا بمعتقدهم فانها
كالعصير عندنا

باب عتق احد العبدين

قوله ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال
احدكما حر ثم خرج واحد ودخل الاخر فقال احدكما حر ثم مات ولم
يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلثة ارباعه ونصف كل واحد
من الاخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يعتق من الاخير

ربعه فالذي اعيد عليه القول يسمى الثابت ورفيقه في الايجاب
الاول يسمى الخارج ورفيقه في الايجاب الثاني يسمى الداخل فما دام حيا
يؤمر بالبيان لانه المبهم فان قال عنيت بالايجاب الاول
الخارج عتق هو ويؤمر بالبيان في الايجاب الثاني فان قال اردت
بالايجاب الاول الثابت عتق وبطل الايجاب الثاني لكونه دائرا
بين الحر والعبد فيبطل هذا اذا بدأ ببيان الايجاب الاول فان
بدأ ببيان الايجاب الثاني فقال عنيت به الداخل عتق الداخل
ويبين الاول في ايهما شاء فان بين الكلام الثاني في الثابت عتق
الثابت بالثاني والخارج بالاول لانه كان دائرا بين الخارج والثابت
وقد عتق الثابت بالثاني فبقي الاول للخارج قال قاضي خان
وفيه اشكال وهو انه اذا بدأ ببيان الكلام الثاني وبين في الداخل
فقد بين ان الكلام الثاني صحيح في ايجاب العتق وانما يصح الثاني اذا
لم يعتق الثابت بالايجاب الاول فيتعين الخارج ضرورة فوجب ان لا
يخير والجواب ان الايجاب الثاني صحيح بكل حال لان الثابت
معين والايجاب الاول لم يتناول معينا فكان الثابت عبدا فصح
الايجاب الثاني موجبا عتق رقبة بينهما وانما يعتق من الثابت
ربعه لانه ان كان هو المراد بالثاني يعتق نصفه وان كان المراد به
الداخل لا يعتق منه بالثاني شيء فيعتق ربعه لذلك ونقول موجب
الايجاب الثاني عتق رقبة لكل واحد نصفها فيشيع النصف في
نصفي الثابت فما اصاب الفارغ نزل وهو نصف النصف وما اصاب
النصف المشغول بالاول لغا والنصف الاخر معتبر في الداخل فيعتق نصفه

لذلك وجه قول محمد ان الكلام الثانى صحيح فى حال دون حال لانه
ان اراد بالايجاب الاول الثابت لا يصح الكلام الثانى لجمعه فيه بين
الحر والعبد فكان خبرا وان اراد بالاول الخارج صح الكلام الثانى ايجابا
فاذا صح فى حال دون حال ثبت نصفه موجبه وهو عتق نصف رقبة
بينهما لعدم الاولوية فيكون لكل واحد عتق ربع رقبة ولهذا كان
حظ الثابت منه الربع وجوابه ما مر ان الايجاب الثانى صحيح
بكل حال لان العتق المبهم غير نازل فى المحل لانه معلق بشرط البيان
فهو ثابت فى الذمة ولهذا يقال له اوقع وان كان واقعا فهو واقع
فى المنكر والمعين ضده وفى الامالى لو كان ذلك طلاقا وقال
عنيت بالايجابين الثابتة وقع الطلاقان عليها لانه يقع مقصورا
على وقت البيان لا مستندا والطلاق غير واقع قبل البيان اصلا
ولهذا لو بين الطلاق فى الامتين تحته قال مولاهما احداكما حرة
فقال التى اعتقها المولى طالق ثنتين بين المولى ولا تثبت الحرمة
الغليظة وبعد ثلث حيض فعلم ان البيان كالانشا ولهذا ان ما
لا يقبل التعليق بالشرط لا يصح فى المجهول الا انه جعل انشا فى حق
المحل لجهالته ولهذا لا يملك البيان بعد فوات المحل وجعل اظهارا
فى حق الزوج لانه معلوم ولو تزوج اربعا ولم يدخل بواحدة منهن
ثم قال احداكن طالق فتزوج خامسة او اخت واحدة منهن ومن
بها صح لانه اظهار فى حقه ولان فى غير موضع التهمة لا يجعل انشا
ولا تهمة عند عدم العدة ولو تزوج رضيعين ثم قال احداهما طالق
ثلثا فارضعتهما امراة معا او متعاقبا بانتا لانهما صارتا اختين وهما

تحت زوج فيفسد نكاحها لان الطلاق غير واقع بالنظر الى المحل
ولو بين الطلاق فى احداهما بعد ذلك لا يصح لفوات المحل وهو
يخالف ما ذكرنا من نكاح الخامسة واخت واحدة منهن وذكر
فى الزيادات بينهما فرقا غير قوى هذا الذى ذكرناه اذا كان
العتق فى الصحة وان كان فى المرض وذلك يخرج من ثلث ماله اولا
يخرج واجازت الورثة فكذلك وان لم يجيزوا اقسم ثلث المال بينهم
على قدر سهامهم فيحتاج الى حساب له نصف وربع هكذا فى نامى حال
وفى الكتاب له ثلثة الارباع واجودهما يحتاج الى حساب له ربع واقل
ذلك اربعة فيجعل كل رقبة اربعة فالكل اثنا عشر فحق الخارج فى سهمين
منها وحق المقيم لفظ المبسوط فى ثلثه وحق الداخل فى سهم فصار
سهام العتق سبعة وهى ثلث المال والثلثان ضعفها وذلك اربعة عشر
والجملة احد وعشرون كل رقبة سبعة يعتق من الخارج سهمان وهما
سبعاه ويسعى فى خمسة اسباعه ويعتق من الثابت ثلثة اسباعه
ويسعى فى اربعة اسباعه ويعتق من الداخل سهمان وذلك سبعاه
كالخارج ويسعى فى خمسة اسباعه فصارت سهام السعاية اربعة عشر
وسهام العتق سبعة وهى رقبة ثلث المال وعند محمد كذلك الا فى
حق الداخل فانه يعتق سدسه سهم واحد من ستة وهى سهام العتق
وسهام السعاية ضعفها وهى اثنا عشر والجملة ثمانية عشر عنده
يعتق من الخارج ثلثه سهمان ويسعى فى اربعة ثلثيه ويعتق من الثابت
ثلثه وهى نصفه ويسعى فى ثلثة نصفه ولو كان ذلك فى الطلاق
وهن غير مدخول بهن ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة

ربعه ومن مهر الثابته ربع وثمن ومن مهر الداخله ثمنه والربع كالنصف في العتق والثمن كالربع فيه قيل هذا قول محمد على قياس العتق على قوله وعندهما يسقط ربعه كالنصف في عتق الداخله وقيل هو قولهما ايضا واحال الفرق وتمام تفريعاتها على شرحه للزيادات وذكر قاضي خان بينهما فرقين احدهما في الزيادات والاخر في شرح الجامع الصغير وذلك ان العبد لهم احوال ثلث حالة العتق وحالة الرق والثالثه حالة متردده وهي حالة الكتابه ومعتق البعض والسعايه على قول ابي حنيفه والثابت مردد حاله بين الرق والحريه فكان قابلا للعتق وامكن تصحيح الايجاب الثاني في حقه على كل حال اما النسا فليس لهن الا حالتان حالة النكاح وحالة الطلاق والطلاق لا يتجزا عند الكل فاذا طلقت نصف الثابته بالتوزيع طلقت طلقة فلا يصح الايجاب الثاني ولا بد من اعتبار الاحوال فيه ولان الايجاب الاول يعتبر تعليقا في حق حكم يقبل التعليق ووقوع العتق مما يقبل التعليق اما البراءة من المهر مما لا يحتمل التعليق بالشرط فاعتبر الكلام الاول تنجيزا في حق هذا الحكم فكان الثاني مترددا بين الصحة والبطلان وقال بعضهم قول ابي يوسف في العتق خطا وينبغي ان يكون قوله كقول محمد لان من اصله ان الاعتاق لا يتجزا عنده وقال بعضهم هذا الجواب الذي ذكر اولا صحيح وهذا اصح لان حالة الكتابه حالة ثالثه ذكر ذلك في شرح الزيادات التي وضعها محمد على غير ترتيب الزيادات وفيه احوال ثلث حال البيان وحال موت المولى وحال موت العبيد اما حال البيان

وموت المولى فقد ذكرت واما موت العبيد فنقول ان مات الثابت عتق الخارج والداخل عندهم لزوال مزاحمته للخارج والداخل فالايجاب الاول للخارج وحده والايجاب الثاني للداخل وحده وان مات الخارج عتق الثابت بالايجاب الاول وبطل الايجاب الثاني ضرورة وان مات الداخل يقال للمولى بين الايجاب الاول ان اوقعه على الخارج عتق الثابت بالثاني وان اوقعه على الثابت بطل الايجاب الثاني لما قلنا وفي الامالي ان مات الخارج عتق الباقيان على رواية الامالي لان الايجاب الثاني صحيح والعتق يقع مقصورا على البيان فاذا مات تعين الثابت للاول والداخل للثاني ضرورة

قوله ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الاخر اعلم ان عتق احد العبدين بغير عينه جائز عندنا وله البيان ما دام المعتق حيا وهو قول الشافعي ومالك في احدى الروايتين ذكره في الجواهر وعند ابن حنبل لا يعتق الا بالقرعه ولا يصح بيانه الا ان يقول كنت نويته عند التلفظ به وعند الظاهريه لا يعتق اصلا ذكره في المحلى ثم البيان حقيقي كالصريح وحكمي كما ذكر لان من مات منهما لم يبق محلا للعتق اصلا وللعتق من جهته بالبيع لخروجه من ملكه وللعتق من كل وجه بالتدبير لانه يستحق بالتدبير حريه مضافه الى ما بعد الموت فيعتق الاخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى بدله فلا يبقى المبدل في ملكه وبالتدبير ابقى الانتفاع به الى وقت موته والمقصودان

بنا فان العتق الملتزم من جهته فتعين له الاخر لا له وكذا لو استولد
احداهما لما ذكرنا ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض او بدونه
والمطلق وشرط الخيار لاحد المتعاقدين والعرض على البيع ملحق به
في المحفوظ عن ابي يوسف والهبة والتسليم والصدقة والتسليم
بمنزلة البيع لانه تمليك وفي قاضي خان او فاسد او قبض وكذا لو
وهب وسلم او تصدق به وسلم او رهن وسلم او اجر او كاتبه او اوصى
به او ساوم او اعتق ولم يقل اردت به البيان او علق عتقه بشرط
او وطي فعلقت وذكر الجصاص انه ذكر القبض في البيع الفاسد
وقع اتفاقا والقبض وعدمه فيه سوا وكذا لو عتق احدهما بتعليق
سابق على الايجاب المبهم لانه خرج من ان يكون محلا للبيان فتعين
الاخر للعتق وفي الغزنوي لو باعهما صفقة لا يجوز البيع فيهما
لانه جمع بين حر وعبد فدل على نزوله في احدهما ولو وهبهما او تصدق
بهما او تزوج عليهما يجوز ويجبر على البيان لان الضم كادخال الشرط
الفاسد وهذه العقود لا تفسد بالشروط الفاسدة ولو لم يبين حتى
مات بطلت العقود لشيوع الحرية فيهما الا التزوج ولو قال
احداهما ام ولدي او بنتي وماتت احداهما لم تتعين الاخرى للحرية لان
هذا اخبار وهو مستقيم في الحي والميت ولو قتلها خطا تجب
قيمته ودية ولو قتلهما رجلان تجب قيمتهما ولو قطع انسان
ايديهما تجب ارشهما دون الدية لان القطع لا يمنع البيان وفي
الوصية لو رهن الجارية الموصى بها او عرضها على البيع يكون
رجوعا ولو كاتبها او وطيها لم يكن رجوعا ذكره في الفتاوى

وفي المحيط في خيار الشرط عرض المشتري على البيع يبطل خياره وكذا
عرض البايع في رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وفي رواية الحسن
عنه لا كالاستخدام ولو وهبه او رهنه ولم يسلم فمن المشتري
اجازة للبيع ومن البايع لا يكون نقضا للبيع في رواية اما الاجارة
فانها عقد لازم ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع
احداهما لم تتعين الاخرى للعتق عند ابي حنيفة واحمد بن حنبل وكذا
لو قال احداكن حرة فجامع احداهن وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي ومالك في رواية تتعين غير الموطوءة للعتق كما لو قال
لزوجتيه احداكما طالق فوطي احداهما تعينت الاخرى للطلاق
وفي النوادر لو قال لمدخولتيه احداكما طالق ثم وطي احداهما
لم يقع على الاخرى لان الرجعي لا يحرم الوطي بخلاف الملك والواحد
البائن ذكره في قنية المنية وفي الزيادات البيان في الطلاق
المبهم لا يثبت بمقدمات الدخول انما يثبت بالدخول وذكر
الكرخي ان البيان كما يحصل بالوطي يحصل بالتقبيل وبه قال
مالك في العتق المبهم اما لو قال لامرأتيه احداكما طالق طلقتا
والفرق بينهما عسر وجه قولهما ان الوطي يحصل في الملك
واحداهما حرة ولهذا لو قتلهما انسان يجب دية وقيمة كما ذكرنا
قبل هذا فكان بالوطي مستبقيا الملك في الموطوءة فتتعين الاخرى
لزواله كما في الطلاق ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الملك قائم
في الموطوءة لان الايقاع في المنكر وهي معينة ضدهما فكان وطيها
حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطيهما على مذهبه قال الا انه

لا يفتى به ثم يقال العتق عين نازل قبل البيان لتعلقه به بل هو
الزام في الذمة او هو نازل في المنكر فيظهر في حق حكم يقبله وهو
البيان او البيع هذا البيان ما ذكره من حل الوطي لان الحل كان ثابتا
فلو زال انما يزول بالعتق والعتق المبهم نزوله معلق بشرط البيان
ولهذا لو قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما
كان ارشهما للمولى وان قلنا هو نازل انما نزل في المنكر فيظهر في
حق فعل يقبله المنكر وهو البيان والبيع على ما قلنا والوطي لا
يقبله المنكر ولا يصادف الا المعينه لا محاله فكان في حق الوطي
غير نازل فلم يكن بيانا وقولهما فكان بالوطي مستبقيا الملك في
الموطوءه باطل بما لو اوصى بجاريه ثم وطيها لا يكون رجوعا كما
ذكرنا فلو استبقى الملك فيها كان رجوعا ووطي الامه من باب
الاستخدام وقضا الشهوه حتى لو وطيها فجاءت بولد لا يلزمه
الا بالدعوى بخلاف طلاق احداهما اذا وطيها بعده لان المقصود
الاصلي من النكاح الولد ولهذا لا يتوقف على الدعوى فيه ولا ينفى
الا باللعان وقصد الولد بالوطي يدل على استبقا الملك في الموطوءه
صيانه للولد وفي المبسوط ان علقت الامه الموطوءه منه عتقت
الاخرى للحريه ووطيهما جميعا ليس بحلال له حتى يفتى له بذلك
قال وابو حنيفه يقول وطيهما جميعا مملوك له لان الوطي
بملك اليمين بمنزله الاستخدام وسائر وطيها مملوك له فانها
لو وطيت بشبهه كان الواجب عقر مملوك للمولى وانما يملك
البدل من يملك المبدل قال السرخسي ولا نقول هو في الذمه

كما توهمه بعض اصحابنا لانه ما اوجبه في الذمه بدليل انه يجبر
على البيان وما كان في الذمة لا يجبر عليه كما لو قال لله علي
ان يعتق احد هذين العبدين وانما لا يفتى له بحل وطيهما لان المنكر
التي وجب فيها العتق لا يعدوهما والحل والحرمه مبنيان على
الاحتياط وفي الفتوى بحل وطيهما ترك الاحتياط قلت
قول اصحابنا وطي الامه بمنزله الاستخدام فيه نظر كبير فان
من استخدم المبيع بعدما اطلع على العيب لا يمنعه من رده
بالعيب ولو وطي الجاريه المبيعه قبل الاطلاع على العيب او
بعده لا يرده بالعيب وياتي الفرق ان شا الله تعالى في باب خيار
العيب من البيوع **قوله** ومن قال لامته ان
كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حره فولدت غلاما وجاريه
ولا يدرى ايهما ولد اولا وتصادقوا على ذلك عتق نصف الام
ونصف الجاريه والغلام عبد لان كل واحد منهما يعتق في حال
وهي ما اذا ولدت الغلام اولا الام بالشرط والجاريه بتبعها اذ
الام حره حين ولدتها لانها عتقت بولاده الغلام اولا ويرق في
حال وهو ما اذا ولدت الجاريه اولا لعدم شرط العتق فيعتق نصف
كل واحد منهما وتسعى في نصفها والغلام يرق في الحالين ولم يعتبر
ولادتهما معا لبعدها ولو اعتبرت عتق ثلث كل واحد منهما وان
ادعت الام ولادة الغلام اولا وانكر المولى والجاريه صغيره
فالقول قوله مع يمينه لانكاره شرط العتق بخلاف ما لو قال لها
ان حضت فانت طالق فقالت قد حضت طلقت لانها امينه ولا

يعرف ذلك الا من جهتها غالبا والغالب في الولادة حضور غيرها فلم
يكن في الاخبار به موتمنه فان حلف لم يعتق واحد منهما لعدم
وجود الشرط وان نكل عتقت الام والجاريه لان الدعوى من الام
في حريه بنتها الصغيره معتبره لكونها نفعا محضا كقبول الهبة
لها فاعتبر نكوله في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجاريه
كبيره ولم تدع شيا عتقت الام بالنكول دون الجاريه لعدم ولايه
الام على الكبيره وصحة النكول مبنيه على صحة الدعوى ولو كانت
الكبيره هي المدعيه لسبق ولادة الغلام والام ساكته يثبت عتق
الجاريه بنكوله دون الام والتحليف على العلم فيما ذكرنا لان ذلك
فعل الغير ولا يقال ان الام اذا عتقت عتقت بنتها ضرورة وان
كانت كبيره لان شرط عتق الام ولادة الغلام اولا وقد وجد فيعتق
تبعا وضمنا وما ثبت ضمنا لا يراعى فيه الشروط فلا يشترط دعواها
لانا نقول عتق الام باعتبار النكول وهو بذل عنده واقرار عندهما
والاقرار والبذل لا يتوقف على وجود الشرط ولان النكول حجة
ضروريه فلا يظهر في حق غيرها بلا دعوى وكان ينبغي ان لا يوزع
على الاحوال كما لو قال ان لم ادخل هذه الدار اليوم فانت حر فمضى
اليوم ولا يدري ادخل ام لا لا يعتق اصلا ولا يوزع وكذا لو قال
ان كان هذا الطاير غرابا فانت حر فطار ولم يعلم اغراب هو ام لا لا
يوزع ولا يقال ان كان غرابا يعتق وان لم يكن غرابا لا فهو يعتق
في حال دون حال فيتنصف ويؤيد ما ذكرته ما حكي في الكيسانيات
عن محمد في هذا انه لا يحكم بعتق واحد منهما ولكن يحلف المولى بالله

ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل فنكوله كاقراره وان حلف
فهم ارقا واعتبار الاحوال انما يكون بعد التيقن بالحريه وهنا لم
يتيقن بحريه البعض لجواز ان يكون قد ولدت الجاريه اولا فلا
معنى لاعتبارها ولكنها تدعي عليه شرط العتق وهو ينكر فالقول
قوله مع يمينه كدخول الدار وعدم دخولها ولو قال اول
ولد تلدينه ان كان غلاما فانت حره وان كانت جاريه فهي حره
فولدتهما جميعا فان علم الغلام اولا عتقت هي مع ابنها والغلام
رقيق وان علم انها ولدت الجاريه اولا عتقت الجاريه والام والغلام
رقيقان وان لم يعلم واتفقت الام والمولى على شي فكذلك لان
الحق لهما وان قالا لا ندري فالغلام رقيق والابنه حره ويعتق
نصف الام لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حره والغلام رقيق
وان ولدت الجاريه اولا فالجاريه حره والغلام والام رقيقان
فالام تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين
والجاريه حره بيقين فاعتبرنا الاحوال هنا للتيقن بحريه
بعضهم ولو قال لها ان كان اول ولد تلدينه غلاما فهو حر
وان كانت جاريه فانت حره فولدت غلامين وجاريتين
فان علم ان الغلام اول فهو حر والباقون ارقا وان علم ان الجاريه
اول ما ولدته فهي مملوكه والباقون مع الام احرار لان بولادة
الجاريه الاولى عتقت الام وانما عتقت بانفصال الجاريه عنها
فكانت الجاريه مملوكه والباقون احرار لانهم انفصلوا عنها بعد
حريتها وان لم يعلم ايهم ولد اولا يعتق من الام نصفها لانها تعتق

في حال ويرق في حال ويعتق ثلاثة ارباع كل واحد من الغلامين لان
احدهما حر بيقين فانها ان ولدت الغلام اول فهذا الغلام حر وان
ولدت الجارية اول فالغلامان يعتقان بعتق الام فاحدهما حر بيقين
والاخر يعتق في حال دون حال فيعتق نصفه فكانت حرية ونصف
بينهما فيعتق من واحد نصفه وربعه ويسعى في ربعه ويعتق من
كل واحدة من الجاريتين ربعها لان احداهما امة بيقين والاخرى
تعتق في حال فانها ان ولدت الغلام اولا فالجاريتان مملوكتان وان
ولدت احدى الجاريتين اولا فهي مملوكة والاخرى حرة فيعتق
نصفها بينهما لعدم الاولوية لكل واحدة ربعها وتسعى كل واحدة
في ثلاثة ارباع قيمتها وفي المحيط ولو قال ان كان اول ولد تلدينه
غلاما فانت حرة وان كانت جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما
وجاريتين ولا يعلم الاول عتق نصف الام ونصف الغلام وربع كل
واحدة من الجاريتين اما الام فلانها تعتق في حال دون حال هو
رواية وعلى عامة الروايات يجب ان يعتق ثلثها لانها تعتق
في حال وترق في حالين بان كانت ولادة احدى الجاريتين اولا
واما الغلام فلانه يعتق في حال بان ولدت احدى الجاريتين
اولا ويرق في حال بان ولدت الغلام اولا واما الجاريتان
فيعتق من كل واحدة ربعها في عامة الروايات لان اصابة الحرية
بجهتين متعذر لان الشخص اذا عتق تبعا للام لا يتصور ان
يعتق بنفسه ومتى عتق بعتق نفسه لا يعتق تبعا للام فلا
بد من الغاء احدى الجهتين فالغينا اصابة العتق من جهة الام

واعتبرنا الاصابة بعتق انفسهما لانها اقل وهو المتيقن فان كانت
ولادة الغلام اولا لا يعتقان بعتق انفسهما وان كانت ولادة
الجارية اولا تعتق الاخرى بعتق نفسها فيثبت لهما حرية في حال
دون حال فيثبت نصفها بينهما وقال ابو عصمة ينبغي ان
يعتق من كل واحدة ثلاثة ارباعها لان الغلام لو كان اولا لاعتق
الام فيعتق الجاريتان بعتقها ولو كانت احدى الجاريتين اولا ثم
الغلام عتقت الجارية الاولى والاخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف
بينهما واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي عصمة وقال هو
الذي يوافق ما تقدم ولو قال ان كان ما في بطنك غلاما فهو
حر وان كان جارية فانت حرة فكان ما في بطنها غلاما وجارية لا
يعتق واحد منهما قال لان كلمة ما عامة قال الله تعالى لله
ما في السموات والارض اي جميع ما فيهن وكذا لو قال ان كان
حملك غلاما الى اخره ولو قال ان كان في بطنك الى اخره يعتقان
لانهما موجودان **قوله** واذا شهد رجلان على رجل
انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان يكون
في وصية استحسانا ذكره في العتاق وان شهدوا انه طلق احدى
نسائه جازت شهادتهم ويجبر على ان يطلق احداهن ومراده البائن
وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد الشهادة في العتق مثل
ذلك ويؤمر بان يوقع العتق على احدهما واصله ان الشهادة على
عتق العبد لا تقبل من غير دعوى وعندهما تقبل وهو قول الائمة
الثلاثة واجمعوا على انهم لو شهدوا انه اعتق امته وهي بكر او طلق

امراته وهي بكر تقبل لان ذلك حق الشرع لتضمنه حرمة الفرج وكانت
الشهادة من باب الحسبة فتقبل من غير دعوى ومسئلة الوقف
تقبل فيه الشهادة من غير دعوى فان قيل فعلى هذا ينبغي
ان يكتفى فيه بشهادة الواحد لانه امر ديني وخبر الواحد في
الديانات مقبول وهو فيه حجة تامة قلنا خبر الواحد
انما يكون حجة فيما لم يقع الزاما على المنكر ولان في هذا ازالة
الملك والمالية وخبر الواحد لا يكفي للالزام فلا بد من نصاب
الشهادة وانما قبلنا خبر الواحد في رواية الحديث ورؤية
هلال رمضان وان كان فيهما الزام العمل به لانه يقع اولا ملزما
للراوي والرائي ثم يتعدى الى غيرهما تبعا لا بنفسهما بخلاف ما نحن فيه
فان قيل لو كان سقوط الدعوى في عتق الامة حرمة فرجها
على المعتق لما قبلت على عتق الامة المجوسية واخت المعتق من
الرضاعة وعلى الطلاق الرجعي لان الشهادة بذلك اذا قبلت لم
تتضمن حرمة فرجها قلنا من المشايخ من منع المسئلتين الاوليين
ومنهم من سلم مسئلة المجوسية ومنع مسئلة الاخت من الرضاعة
وفرق بان وطي المجوسية مملوك للمولى وانما منع منه خبثها كالحائض
ولهذا لا يسقط احصانه بوطيها قبل عتقها وبعده يسقط فتضمنت
الشهادة تحريم فرجها واما اخته فحرام وطيها حقيقة حتى يسقط
احصانه به مع قيام ملك اليمين وفي المبسوط وطي اخته من الرضاع
ليس بزنا بدليل انه لا يلزمه الحد بوطيها قبل عتقها وبعده يلزمه
الحد وبضعها مملوك حتى لو وطيت بشبهة كان عقرها للمولى فدل

علمه

ذلك بعتقها وفي الطلاق الرجعي معتقد به سبب حرمة فرجها
ولا تقبل الشهادة على عتق احدى امتيه عنده لان ذلك لا يتضمن
حرمة فرجها عنده ولم يكن الوطي بيانا عنده حتى يجوز وطيهما
قبل البيان على ما مر فكان ذلك كالشهادة على عتق احد العبدين
عنده وجه قول الجمهور ان المشهود به العتق وهو
حق الشرع بيانه انه لا يحتاج الى قبول العبد ولا يرتد برده
وانه مما يجوز ان يحلف به واليمين لا يكون بحقوق الادميين
ويجوز ايجابه في المجهول ولا يجوز ايجاب الحق للمجهول ويتعلق
به حرمة استرقاقه وذلك حق الشرع ويحصل بالعتق تكميل
الحدود ووجوب الجمعة وتثبت به اهلية الشهادة والولاية
ولهذا كانت قربة ولهذا كانت قربة يتأدى به بعض الواجبات
ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان الاعتاق ازالة
ملك اليمين ولم يتضمن تحريم الفرج فلا تقبل الشهادة فيه الا بالدعوى
كالبيع ونحوه بيانه ان المشهود به حق العبد لان الاعتاق احداث
قوة المالكية والاستبداد بالتصرفات وذلك كله حق العبد
واما ما وراء ذلك من ثمرات العتق فلا اعتبار به وانما المعتبر
المشهود به فاذا كان حقا للعبد يعتبر دعواه الا ما استثنى اعلاه
ونحن نسلم ان في العتق معنى حق الشرع ولهذا لا يتوقف على قبوله
ولا يرتد برده مع ان ذلك لا يدل على انه حق الشرع بدليل ابراء
الكفيل فانه لا يتوقف على قبوله ولا يرتد برده وكالعفو عن
القصاص فان ذلك لا يرتد بالرد ولا يدل على قبول البينة بغير دعوى

ثم الفرق بين انكار العبد وبين انكار الامة ان العبد غير متهم في
انكار عتقه لان العاقل لا يجحد الحرية ليستكسبه غيره فيسق
عليه بعض كسبه ويجعل الباقي لنفسه فصح انكاره وصار مكذبا
لشهوده بخلاف الامة فانها متهمة في انكارها لما لها من المصلحة
والحظ في صحبة سيدها فكانت كالمدعية تقديرا حتى لو كان
العبد متهما بان كان لزمه حد قذف او قصاص في الطرف فانكر
العتق يقبل فان قيل لو كان حق العبد لمنع التناقض فيه كما
لو اقر بالرق ثم اقام البينة على حرية الاصل يقبل فالجواب
ان له شبهين فلشبهه بحقوق العباد قلنا الشهادة لا تقبل
بدون الدعوى ولشبهه بحق الشرع قلنا التناقض لا يمنع قبول
البينة عليه فان قيل قد ذكر في الزيادات ان العتق اذا حكم
به يصير الناس كلهم مقضيا عليهم وان كانت الدعوى لم يوجد الا من
واحد منهم وعلل بانه حق الشرع فصارت الدعوى من واحد كالدعوى
من الكل والقضا على واحد قضا على الكل لانه حق الشرع والجواب
انا قد بينا ان فيه الحقين فمن حيث انه حق العبد لا تقبل البينة على
عتقه الا بالدعوى ومن حيث انه حق الشرع لا تقبل البينة برقه
بعد الحكم بعتقه لوقوع الشك في قبولها فلا تقبل فيها وهذا كله اذا
شهدا في صحته انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد
عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او في مرضه
واديا في مرض موته او بعد وفاته يقبل استحسانا لان التدبير
حيث وقع كان وصيه وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في

الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او
الوارث لان تنفيذ الوصية حق الميت فكان الموصي مدعيا تقديرا
وهو معلوم ولان العتق يشيع بالموت فيهما فكان كل واحد
منهما مدعيا متعينا ولو شهدوا بعد موته انه قال في صحته
احدكما حر قيل لا يقبل لانه ليس بوصية فلم يكن الميت مدعيا
تقديرا وقيل يقبل لانه يشيع بالموت فيهما وهذا اظهر ولو
شهدا انه اعتق احدهما معينا الا انهما نسياه فشهدا بعتق
احدهما لم يقبل عندنا لان ذلك غفلة منهما وشهادة المغفل لا
يقبل ولو ادعيا ايضا لا يقبل عنده لان المستحق للحرية مجهول
فتعذرت البينة عن الدعوى مسئله لو اعتق عبده في
مرض موته ولا مال له غيره عتق ثلثه بغير عوض ويسعى في ثلثيه
عندنا اذا لم يجز الورثه وهذا مذهب سعيد بن المسيب
والقاضي شريح وعامر الشعبي وابرهيم النخعي والحسن وقتاده
وحماد بن ابي سليمان وعند الائمة الثلثه في العبيد يقرع بينهم
ويعتق بالقرعه وفي العبد الواحد يعتق ثلثه ويبقى ثلثاه رقيقا
يتصرف الورثه في ذلك كيف شاءت بالبيع والهبه وساير التصرفات
ذكر ذلك في الاكمال والمغني وغيرهما احتجوا بمشروعيه
القرعه لابطال الحرية عن البعض وتكميلها في البعض بما روى ابو المهلب
عن عمران بن حصين ان رجلا اعتق سته مملوكين له عند موته
لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزاهم
اثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعه وقال له قولا شديدا

رواه مسلم وابو داود والنسائي وفي رواية اوصى عند موته فاعتق
ستة مملوكين رواه مسلم واسم ابي المهلب عمرو بن معوية وقيل
عبد الرحمن بن معوية وفي معنى القول الشديد عن ابي زيد قال
يعني رسول الله لو شهدته قبل ان يدفن لم يدفن في مقابر المسلمين
رواه ابو داود والنسائي وفيه لقد هممت ان لا اصلي عليه وفي
مسلم من حديث هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن عمران بن
حصين هذا الحديث مما تتبع مسلم واستدرك قال الدارقطني
هذا لم يسمعه محمد بن سيرين وانما سمعه من خالد الحذاء عن ابي قلابة
عن ابي المهلب عن عمران قال ذكر ذلك ابن المديني وكان يقول نثبت
عن عمران ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو اعتاقهم
فيستوون في الاستحقاق ولا يجوز اعطا البعض زيادة على
ما يستحقه وحرمان البعض جميع ما يستحقه كما لو اوصى برقابهم
لكل واحد برقبة ولا مال له سواهم وهذا لانه لما كان المأذون
فيه له اعتاق ثلث كل واحد منهم دون الثلثين لان ذلك حق الورثة
كانت اضافته الى كل واحد منهم اضافة الى ثلثه لا غير حتى نفاذه
لان ذلك حق المعتق دون الزائد عليه صار كانه قال اعتقت ثلث
كل واحد منكم ولو قال كذلك لا يجري فيه القرعة ذكره في
الجواهر وكذا لو سمى كل واحد من الستة باسمه في العتق بل يعمون
بالحصص عند المالكية وفي المدونة قال المغيرة من المالكية لو
اعتق احد عبيده الخمسة عند موته في وصية عتق خمس كل واحد
قال اصبغ وابو زيد والحرث في المسلتين في المرض لو اعتقوا عبيدهم

ولا يخرجون من الثلث فليعتق من كل واحد منهم ثلثه بلا سهم ولو
قال ميمون ومرزوق حران يتحاصا في الثلث من غير قرعة وتقع
في عبداي حران وغلماني احرار ذكره سحنون وابن المواز ولو ذكر الستة
في العتق تحاصوا بلا سهم ومنهم من قال يقرع كما لو لم يسمهم قال
شارح للمدونة وحاصله في الكل قولان قال ابن المواز لو قال
الثلاث عبيدي احرار او انصافهم فلا قرعة بينهم في صحة ولا في
وصية ولكن يعتق منهم الجزء الذي سماه وفي المنهاج لو اعتق
عبدا في مرضه عتق ثلثه ولو قال اعتقت ثلث كل عبد اقرع
وقيل عتق من كل ثلثه وفي المغني قال احمد اذا اعتق المعسر يسعى
لشريكه ويعتق وهو قول ابن شبرمة وابن ابي ليلى والاوزاعي
وابي يوسف ومحمد قلت وابي حنيفة لكن عندهما يعتق في الحال
ويسعى وهو خبر قال الحديث ابي هريرة رواه ابو داود قلت
رواه الجماعة ثم قال لو قال احدكم حر يقرع بينهم فيخرج احدهم
الذي اعتقه بالقرعة للحرية ويرق الباقون وان كان له مال يخرج من
ثلثه ولا يجعل البيان الى المعتق المجمل بل جعلوه الى القرعة والبيان في
خطاب الشرع انما يكون الى المجمل ثم انهم سكتوا ان قياس الاصول
معناه ويتركون بالحديث وفيه لم يكن له مال غيرهم واعتاقهم بالقرعة
مع وجود المال ترك للحديث وقياس الاصول والحكم بغير القياس
والحديث حكم بالتشهي نسال الله العافية وفي المبسوط ثم فيما قال
الخصم ضرر ابطال حق الاكثر من العبيد وزيادة لمن لا يستحق الزيادة
وفيما قلنا ضرر تأخير الحق في حق الورثة وضرر التاخير هون وليس

فيه ترجيح حق العبد على حق الورثه لانه لا يعتق حتى يودى حق الورثه
عند ابى حنيفه وبه يبطل قول ابن قدامه ان الضرر فى مذهبنا اعظم
من حرمان العبيد للعتق لانهم يعتقون من الملك ويستسعون العبيد
فى الثلثين ولا يحصل للورثه شى فى الحال اصلا ويحيلون الورثه على
السعايه وربما لا يحصل منها شى او لا يحصل فى الشهر الا درهم او
درهمان فكان فى حكم العدم ويجبرونهم على الكسب والسعايه بغير
اختيار منهم وربما كانت المجبره على ذلك جاريه فيحملها ذلك على
البغا او عبدا فيسرق او يقطع الطريق وفيه ضرر على الميت حيث
افضوا بوصيته الى الظلم وما يوجب له العقاب من ربه والدعا
من عبيده وورثته وهذا الذى ذكره اعتراض منه على رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقد اثبت رسول الله السعايه فى الحديث
الثابت فى الصحيحين وساير كتب السنن وقد ذكرنا ان ايمه اثبت
السعايه فى اعتاق المعسر لشريكه وذكر ابو محمد فى المحلى القول
بالسعايه عن ثلثين من اصحاب رسول الله فلا يلتفت اليه بعد
هذا وليس فيه ترجيح العبد على الورثه عند ابى حنيفه كما ذكرنا
مع ان الحديث الذى ذكروه فى القرعه يرويه ابن سيرين عن عمران
ابن حصين كما ذكرناه من روايه مسلم وهو لم يدركه ولم يسمع منه
شيا ورواه مالك مرسلا وقال حماد بن ابى سليمان القرعه
والاستحقاق بها قول الشيخ يعنى ابليس فقال له محمد بن ذكوان رفع
القلم عن ثلث عن المجنون حتى يفيق فقال له حماد ما حملك على هذا
قال ابن قدامه هذا قليل فى حقه بل حرى ان يستتاب فان تاب

والا ضربت رقبته قلت هذا تحامل عليه وجهل من قايله
باصول الفقه لان خبر الواحد يوجب العمل دون العلم ولا يكفر جاحده
فان راويه يجوز عليه الغلط والنسيان وعدم الضبط والكذب
فانه غير معصوم فان جوز ذلك فى حقه فى هذا الحديث مع ان
البخارى لم يوافق عليه فمن جحد حديث الاستسعا الذى اتفقا
على تصحيحه مع ساير رواه السنن اولى ان يضرب عنقه وقد
ذكرنا ان عليه ثلثين صحابيا وعلى قولهما ان يجعل العبد للعتق
فذلك ليس بصنع منا بل باعتاق الموصى ولزوم تصرفه شرعا واذا
ابطلنا حق الاربعه بعد اعتاقهم وجمعنا فى اثنين كان بصنعنا
فلو كان الجمع فى اثنين وابطال حق الاربعه جايزا لجاز بدون القرعه
فان القرعه لا تعلم للحق فى تكميل العتق فيمن لا يستحقه وحرمان
المستحق وعندهم الاعتاق لا يتجزى فى حق المعتق المعسر فينبغى
ان يبقى الثلثان من كل عبد رقيقا على اصلهم ولا يجب عندهم سعايه
فلا يشكل عليهم ما ذكروه لولا القرعه ويرد عليهم المريض اذا ابرا
المديون مما عليه من الدين سقط ثلثه فى الحال وبرئت ذمته منه
وبقى الثلثان على المفلس وقال الشيخ ابو بكر الرازى القرعه
بين العبيد من جنس الميسر المحرم بنص القران لما فيه من نقل الحريه
عمن وقعت عليه الى غيره بالقرعه ولما فيه من بخس الحق وابطاله
حتى لا يعطى منه بشى واخذ بعضهم حقه وحق غيره فهذا هو الميسر
بعينه ولان العتق نازل فى الكل حتى لو برا من مرضه عتقوا كلهم كما
لو وهبهم ثم برا نفذت هبته فى الكل والبرء لا يوجب عتقا لم يصح

فيه انه واقع في جميعهم والعتق لا يجوز رفعه بالقرعه ولا حجة
لهم في حديث عمران لوجوه الاول انه قضا في شي بعينه وهو
واقعه عين ووقايع الاعيان لا عموم لها والثاني يحتمل ان يكون
المراد به اثنين شايعين اي قدر اثنين لا باعيانهما كقوله عليه السلام
في اربعين شاة شاةٌ ذكره الجصاص لانا اذا اعتقنا من كل واحد ثلثه
فقد اعتقنا قدر اثنين منهم ويحمل على هذا جمعا بين الاثر والنظر
لكن يرد على الجصاص اقراعه عليه السلام لانه اذا عتق من كل واحد
ثلثه قدر اثنين شايعا فلا حاجة الى القرعه والثالث انه لا
يتفق ان يكون لانسان سته اعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا قماش
ولا اثاث ولا نحاس ولا دابه يركبها ولا قمح في بيته ولا قوت في
بيته ولا دار يسكنها ولا شي قل ولا جل وهو منكر جدا بل هو من قبيل
المستحيل في العرف والعاده فيرد به كما يرد بما خبر الواحد فيما
فيه عموم البلوى والرابع لا يتفق ان يكون سته اعبد قيمتهم
سوا لا يزيد قيمة احدهم على الباقين او على بعضهم بدرهم او درهمين
بل ما كان من ذوات الامثال يختلف قيمته لان فيه الجيد والوسط
والردى فكيف بذوات القيم وزعموا ان عبيد الحجاز انما هم الزنوج
والحبش وقيمتهم متساويه وهو دعوى منهم بلا برهان ولا عرف ولا
عاده ولا شاهد الحال فانا نرى عبيد الحبش عبدا بخمسين واخر
باربع مايه واخر ثلثمايه وتتفاوت القيم في بني ادم فاحش جدا وفي
صحيح مسلم اعتق علي بن الحسين عبدا له قد اعطاه به ابن جعفر
عشرة الاف او الف دينار فبطل قولهم كانت قيمتهم متساويه فلا

يلتفت الى الزعم الذي لا دليل عليه ومثلهم الزنوج
الناس الف منهم كواحد وواحد كالالف ان امر عنى
وذكر الشيخ عز الدين بن عبد السلام في قواعده انه لا وجه
للاقراع عند تعارض البينتين ولا عند تعارض الخبرين اذ لا تعبد
تعبد باحد الخبرين ولا باحدى الشهادتين قلت وكذا لا تعبد
تعبد باعتاق عبدين وارقاق اربعه بعد تقدم اعتاق السته ثم ذكر
ان شرع القرعه انما كان لدفع ايغار الصدور والاحقاد والضغاين
والرضى بالمقادير لا ان القرعه تظهر الحق وتبينه انتهى كلامه وقد
رجع الى الحق فيها وانما يجوز استعمال القرعه عندنا فيما يجوز فعله
بغير قرعه كما في القسمه فان للقاضي ان يعين نصيب كل واحد منهم بغير
قرعه وانما يقرع لدفع تهمة الميل عن نفسه وكذا في قسمة الغنايم
والمسافر بالزوجه فان له ان يسافر بمن شا منهن من غير قرعه
ويونس عليه السلام عرف انه المقصود وانما اقرع لئلا ينسب اليه
ما لا يليق بالانبيا وكذا زكريا عليه السلام كان احق بضم مريم الى نفسه
لان خالتها كانت تحته ولكنه اقرع لتطييب قلوب الاحبار مع انها
كانت معجزه فقد روي انه كان من الحديد وكان الشرط ان من طفا
قلمه على وجه الما فهو احق بها وقيل كان من القصب وكان الشرط
ان من استقبل قلمه جري الما ولم يجر مع الهوى فهو احق بها وعن
عامر الشعبي في رجل اعتق عبدا له عند موته ولا مال له غيره
قال قال مسروق هو حر كله شي جعله لله لا ارده وقضا شريح
وفيه اشارة الى ان الاعتاق يتجزا في الحكم كما هو مذهب ابي حنيفه

وانه يجب اتمامه ولا يجوز استدامة الرق كما هو فتيا مسروق وعن
علي رضي الله عنه ان رجلا اعتق عبدا له عند موته وعليه دين قال
يسعى العبد في قيمته وعن ابن مسعود مثله قال يسعى الامة في ثمنها
اي في قيمتها وكذا ورد في الحديث وهو حجة على ملك في منع نفاذه
مع الدين واعتق بالمثلة ملك واصحابه والاوزاعي والليث
ابن سعد الا ان مالكا جعل ولاءه لسيده وهما لجماعة المسلمين
ويعتق بالمثلة عند ابن حنبل ايضا لحديث عبد الله بن عمرو بن
العاص ان زنباعا خصى عبدا له وجدع انفه واذنيه فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم من مثل به او احرق بالنار فهو حر
وولاؤه لجماعة المسلمين وكان زنباع كافرا يومئذ وهو من رواية
يحيى بن ايوب عن المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن
جده عبد الله بن عمرو قال ابن حزم في المحلى لا خير فيهما وهما
ضعيفان ومن العجب ان مالكا اخذ به في العتق دون الولاء والاوزاعي
والليث اخذا به فيهما وفي صحيح مسلم عن ابن عمر قال سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول من ضرب غلاما حدا لم ياته او لطمه فان كفارته
ان يعتقه وهو قول داود الظاهري واصحابه وقالوا يعتق الامة
اذا لطمها بباطن كفه على خدها ولا يجب تخصيصه وجبته وقطع
يديه ورجليه وفقء عينيه شيء كما تقدم وان كان اللاطم محتاجا
الى خدمته لا يعتق حتى يستغني عنها فاذا استغنى عنها عتق
بحديث معاوية بن سويد عن مقرن عن ابيه قال كنا بني مقرن
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لنا الا خادم واحدة

فلطمها احدنا فبلغ ذلك نبي الله صلى الله عليه وسلم فقال اعتقوها
قيل ليس لهم غيرها قال فليستخدموها فاذا استغنوا فليخلوا
سبيلها رواه مسلم ايضا فقد امر باعتاقه وهو عدم عند
الحاجة اليه وعند الاستغناء امر بتخلية سبيلها وانما تخلى سبيلها
اذا كانت حرة وقد تركه ملك والشافعي من غير معارض وقول
ابن حزم في غاية الفساد وبيانه انه عليه السلام جعل
كفارة لطمه ان يعتقه فلا بد من اعتاقه ولا يقتضي اعتاقه
بمجرد اللطم من غير صنعه في عتقه كما في كفارة الظهار اذا قدر على
العتق فان كفارته اعتاقه ولا يعتق من غير اعتاق وقد قال ابن
حزم هذا ان من ملك اباه لا يعتق الا باعتاقه لقوله عليه السلام
لا يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه مع
قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر وقد تقدم
سنده وجعل الابوين دون الاخ والخال حتى لا يعتقان بملكهما
والاخ والعم يعتقان بالملك من غير اعتاق وهو بعيد من الفقه
والنظر **باب الحلف بالعتق** قوله
ومن قال ان دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس
له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل الدار عتق لان قوله يومئذ
يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان
المعتبر قيام الملك عند الدخول ويسمى هذا التنوين تنوين
العوض عند النحويين وهو مختص بالمبنيات واختلفوا في دخوله
المعرب مثل كل وبعض فمنهم من يقول تنوين العوض عن المضاف

اليه لان الاصل كلهم وبعضهم والاصح انه تنوين التمكين الذى يدل على
امكنية الاسم لانه معرب منون ذكره ابن يعيش فى شرح المفصل
واذ ظرف لما مضى من الزمان ولهذا قال صاحب الكتاب اذ دخلت
كقوله تعالى اذ قالت الملائكة وقوله تعالى اذ يقول المنافقون
حكاية حال ماضية ومن حق هذا الباب ان يكون فى الايمان
وانما ذكر هنا لاجل الجزاء دون الشرط وهو قول مالك ورواية
عن ابن حنبل فانه صحح ذلك فى العتق دون الطلاق وزعم ان
الشرع يتشوف الى العتق دون الطلاق وهذا لا اصل له عندنا
ويصح فيهما وكذا لو كان فى ملكه مملوك يوم حلف فبقى على
ملكه حتى دخل عتق وهذا اجماع ولو لم يكن قال فى يمينه يومئذ
لم يعتق يعنى فى المسئلة الاولى لان قوله كل مملوك لى للحال والجزا
حرية المملوك فى الحال عند وجود الشرط وفى الاول انما عتق
من كان مملوكا له عند وجود الشرط فيتناول الموجود ومن يوجد
عند الشرط مملوكا له ومن قال مملوك لى ذكر فهو حر وله جارية
حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدته لستة اشهر فصاعدا
ظاهر لان فى قيام الحمل وقت اليمين شكا وكذا لو ولدته لاقل من ستة
اشهر وان تيقنا بوجوده عند اليمين لان المملوك المطلق لا يتناول
الجنين لانه مملوك تبعا للامة لا مقصودا فهو مملوك من وجه دون
وجه والمطلق ينصرف الى المتعارف الكامل ولهذا لا يتناول المكاتب
خلافا لزفر ولا النصيب من مملوك مشترك بينه وبين اخر ذكره
فى المحيط ولانه عضو من وجه ولهذا لو اعتق حاملا مشتركة بينه

وبين اخر لا يضمن الحمل واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضا
ولا يملك بيعه الا تبعا للامة والمملوك يتناول الذكر والانثى
وفى المدونة لو قال مماليكى او عبيدى او رقيقى احرار قال مالك
عتق عبيده ومدبروه وامهات اولاده ومكاتبوه وكل شقص
له فى مملوك ولا يعتق عبد عبده وعندنا يعتقون بناء على ملك
العبد وعدم ملكه ولهذا لو حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة
عبده المأذون يحنث عندنا لكن عندهما بالنية وعند محمد بغير نية
والعتق على هذا الخلاف يعنى لا يعتق عندهما الا بالنية وعند محمد
بدون النية وان نوى الذكور دون الاناث او الاناث دون الذكور
صدق ديانة للتخصيص وان قال لم انو المدبرين قيل لا يصدق
ديانة وقضاء والصحيح تصديقه ديانة ويدخل فيه المأذون
والمرهون والمستاجر والمديون ذكر ذلك كله فى المحيط ولا
يدخل فيه الحمل اذا كان موصى له به لقصور المملوكية فيه حتى لو
قال ان اشتريت مملوكين فهما حران فاشترى حاملا لا يعتقان
وان كان على عبده المأذون دين محيط بكسبه لا يعتق عنده عبده
وان نوى لعدم ملكه وعند ابى يوسف يعتق ان نوى وعند محمد
يعتق بغير نية وقال ابن سحنون لو قال رقيقى احرار عتق
ذكورهم واناثهم ولو قال عبيدى احرار لم يعتق الاناث وردوا
عليه لان لفظ العبيد يتناول الذكور والاناث كقولنا دل عليه
قوله عليه السلام من اعتق شقصا له فى عبد والامة مثله لتناولها
لفظ العبد وفى الذخيرة قال مماليكى كلهم احرار ونوى الرجال

دون السالم يذكره وقالوا لا يصدق ديانة بخلاف كل مملوك لي حر
ونوى التخصيص فيه يصدق ديانة وضابطه ان كلمة كل اذا
ذكرت بعد الاسم العام تاكيدا له تقبل التخصيص واذا لم يذكر للتاكيد
تقبل التخصيص وفي المنهاج لو كانت الحامل لرجل وحملها لاخر
لم يعتق احدهما بعتق الاخر قال وفائدة التقييد بوصف المذكوره
انه لو قال كل مملوك لي يدخل الحامل فيدخل تبعا لها فيعتق بعتقها
قوله وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال
كل مملوك لي حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكا اخر ثم جاء بعد
غد عتق الذي كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق الذي اشتراه بعد
الحلف وفرق في الكتاب بان املك للحال حقيقة ولهذا
يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين او سوف
فالذي يحتاج الى القرينة هو المجاز وكذا ان ولن وكي واذن في جميع
ادوات الاستقبال ولا يقال انه يستعمل للحال الان او الساعة
لانا نقول ليس ذلك حروف الحال بل هما ظرفان موضوعان للحال
يذكران للتاكيد ونفي احتمال ارادة المجاز ولانهم وضعوا صيغا للماضي
وصيغا للاستقبال وهي الامر والنهي فوجب ان يكون افعل للحال
لان الاصل ان يكون لكل معنى لفظ على حدة فاذا ثبت ذلك وجب
ان لا يكون حقيقة في الاستقبال نفيا للاشتراك والمجاز اولى
من الاشتراك ونفيا للترادف وهو ان يكون للاستقبال صيغتان
افعل وسافعل فلا يتناول ما اشتراه بعد اليمين لانه مجاز وفي المحيط
لان املك وان كان حقيقة للاستقبال لكن صار عبارة عن الحال

بالشرع والعرف كما في الشهادة ويقال املك كذا كذا درهما فكان
كالحقيقة في الحال وكالمجاز في الاستقبال قلت يرد على
تعليله اشكال على ابي حنيفة رضي الله عنه وهو ان الحقيقة المستعملة
اولى من المجاز الراجح عنده كما في الشرب من الفرات على ما عرف في
الجامع وغيره وكذا قوله كل مملوك لي يتناول الموجود عند اليمين
دون ما يستحدث فيه الملك فان من قال لي دار او دابة او عبد
لا يفهم منه ما يتجدد له ملك في ذلك وفي الذخيرة صيغة
افعل للاستقبال حقيقة وللحال حقيقة قلت هذا مذهب
المحققين من النحويين فانهم اعربوا المضارع لشبهه بالاسم فانه
يكون شائعا فيتخصص بالسين وسوف كما ان الاسم يكون شائعا
فيتخصص بالالف واللام وبعد هذا اختلفت عبارات المشايخ
قال بعضهم هي للحال الحق اذ ليس للحال صيغة سواها بخلاف
الاستقبال فعند الاطلاق ينصرف اليه وقال بعضهم لما
كانت حقيقة فيهما يتعين لاحدهما بغلبة الاستعمال كما تعين للاستقبال
في قولك اتزوج واسافر وتعينت للحال في قولك اشهد واصلي
وفي المحيط قال اتزوجك فقالت قد فعلت ينعقد النكاح
لان الصيغة وان كانت للاستقبال الا انه يحتمل الحال وقد اريد به
التحقيق والحال دون العدة والاستقبال لانه يقع بعد الرسالة
والخطبة والهدية بخلاف البيع فانه يقع بغتة وفلتة وحقيقة
هذه اللفظة الاستقبال فلا يقع للحال من غير دلالة الحال وقد ذكرنا
الفرق بينهما في اول كتاب النكاح من وجوه وذكرنا في كتاب الطلاق ان

افعل للحال والاستقبال او مشترك وانما اعدنا الكلام فيه لموافقه
صاحب الكتاب ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك
لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى اخر فالذي كان عنده وقت اليمين
مدبر والاخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف
في النوادر يعتق من كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق من استفاده
بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر
لابي يوسف ان اللفظ حقيقه في الحال على ما ذكرناه فلا يعتق به
من سيملكه في المستقبل لان الجمع بين الحقيقه والمجاز غير مستجاز
وكذا لا يجمع بين مفهومي المشترك في الاثبات عندنا وهو المختار
عند الاصوليين وقد اريد به الحقيقه وهو الحال او المجاز على قول
او احد معنيي المشترك على قول حتى صار صاحب الملك مدبرا دون
الاخر فلا يراد غيره لما عرف ولهما انه ايجاب عتق وايصاء حتى
اعتبر من الثلث وهذا لان قوله كل مملوك لي حر ايجاب عتق وقوله بعد
موتي وصيه والوصيه تنصرف الى ما يوجد عند موت الموصي كما تنصرف
الى ما وجد في الحال اداما الى وقت موته بدليل صحة الوصيه بماله
وان لم يكن له مال عند الوصية اذا وجد عند موته وكذا لو اوصى
بثلث ماله وهلك ماله لا يبطل الوصيه ولو انصرف الى ثلث ماله
الموجود في الحال لبطل كما لو اوصى بثلث مال معين فهلك ذلك
المال ثم في الوصايا يعتبر الحاله المنتظره والحاله الراهنه الا ترى
انه يدخل في الوصيه بالمال ما يستفيده بعد الوصيه حتى لو اوصى
بما تثمر نخيله العام صحت وفي الوصيه لاولاد فلان يعتبر من كان موجودا

في البطن عند موت الموصي حتى لو وضعته لاقل من سته اشهر من يوم
موت الموصي صحت الوصيه له والايجاب يصح منجزا او مضافا الى الملك
والى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول الموجود للحالة
الراهنه فيصير مدبرا ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يملكه بعد
الوصية للحاله المترقبه والمنتظره وهي حالة الموت وقبل الموت
حاله التملك حالة استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند
الموت يعتبر كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه حر فالحاصل
ان ما كان في ملكه دخل باعتبار الايجاب للحال لا باعتبار الوصية
وما ملكه في المستقبل دخل تحت الايجاب بحكم الوصيه لا غير فلم
يكن جمعا بين الحقيقه والمجاز او بين الحال والاستقبال بسبب واحد
بل بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصيه بخلاف قوله بعد غد على
ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق بعد غد وليس فيه ايصاء
ولو قال كل مملوك لي سنه او الى ان اموت او ابدا يدخل فيه
من اشتراه بعد اليمين ولا يدخل فيه من كان في ملكه وقت اليمين
لانه استقبال محض فلا يتناول الحال وفي الجامع لو قال كل
امراة املكها او كل عبد املكه يتناول من في ملكه دون من سيملكه
في المستقبل الا ان ينويه لانه تشديد على نفسه ولو قال كل
امراة املكها او كل عبد املكه اليوم يتناولهما لان الحاله الراهنه تمتد
والمجلس قد يطول وكذا لو قال غدا عند محمد كاليوم وكما لو قال اياما كله
وعند ابي يوسف يتناول من سيملكه كما لو قال ابدا او الى ثلثين سنة
والحاله الراهنه لا تمتد ثلثين سنه وجه اخر ذكره في المبسوط

لوجهه قوله والحالة محض استقبال لان بالنظر الى اقتصار دلالة اللفظ على
الحال يقتضي ان لا يعتق ولا يصير وبالنظر الى كون التصرف وصية يقتضي
الامرين فقلنا بالعتق دون التدبير عملا بالدليلين ولا يمكن العمل على
القلب لان التدبير مستلزم للعتق بعد الموت لا محالة اما
العتق بعد الموت لا يستلزم التدبير والله اعلم

باب العتق على جعل

قوله
ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد في المجلس عتق وذلك مثل ان يقول
انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله ولا يتوقف
عتقه على ادائه لانه معاوضة المال بغير المال لان العبد لا يملك
نفسه وحكم المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض قبل ادائه في الحال
كالبيع فاذا قبل عتق والعوض دين في ذمته حتى صحت الكفالة به
لكونه دينا لازما في ذمته بخلاف بدل الكتابة فانه غير لازم وقد
ثبت مع المنافي لان المولى لا يستوجب على عبده دينا والمكاتب عبد
ما بقي عليه درهم على ما ياتي تمامه في كتاب الكفالة ان شاء الله تعالى
واطلاق المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان اذا ذكر نوعه
على سبيل البدل وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال
فاشبه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وهو قول مالك وفيه
خلاف الشافعي وهو يعتبره بالبيع والاجارة وقد تقدم ذلك في النكاح
والخلع وكذا المكيل والموزون والمعدود الذي لا يختلف احاده اذا
كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف وقد عرف ذلك فيما تقدم
قال وان علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا له في التجارة

وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الفا فانت حر ولا يشترط القبول ويعتق
بالاداء ولا يصير مكاتبا حتى يجوز بيعه قبل الاداء ولو قال كل مملوك
لي حر عتق بخلاف المكاتب لانه صريح في تعليق عتقه بالاداء وان كان
فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين وانما صار ماذونا له لانه
رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه دلالة ومراده تحصيل ذلك
بالتجارة لانها المشروعة دون التكدي فانه مذموم وان كان داخلا
في الاذن وفي الحواشي فان قيل لا يمكن جعله معاوضة لان
البدل هو المؤدى ملك المولى والمبدل هو عتق العبد والعبد
ملكه ايضا فكيف يتحقق المعاوضة والمالك لهما واحد قلنا
لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة اخذ حكمها اقتضاء وهو ان يصير العبد
احق بالمؤدى كالمكاتب لانه لو لم يصر كذلك لم يجتهد في الاكتساب
الا ان المكاتب على نفسه واكسابه اذا ادى بدل الكتابة مما اكتسبه
قبل الكتابة يعتق ولا يرجع به المولى عليه لدخوله تحت عقد الكتابة وههنا
يعتق به كاداء المغصوب ويرجع به المولى عليه والجواب انه انما
اخذ حكم الكتابة في الانتهاء ضرورة فلا يظهر فيما اكتسبه قبل التعليق
في منع المولى من الرجوع وان كان يظهر في جبر المولى على القبول لنزول
العتق به اذ حصول الاداء من مال المولى لا يمنع صحة الاداء في حق حصول
العتق به كالمستحق لعدمه بان كان مغصوبا لكن لا يجبر على القبول في
المغصوب اذا علمه فان قيل كيف يصير ماذونا له في التجارة
مع اقتصاره على المجلس قيل من جملة صور الاذن ان يقول اذا
اديت او متى اديت وذلك لا يقتصر على المجلس وان تكلمنا في ان يقول

ايصا من على المجلس لا يمنع من صيرورته ماذونا له الجواز انه يكسب
فى المجلس ما علق عتقه به واستغاله بالكسب لا يوجب تبدل المجلس
لانه فى تحقيق مقصوده كما لو قالت ادع لى الى استشيره او شهودا
اشهدهم وان احضر العبد المال اجبره الحاكم على قبضه ويعتق العبد
به ومعنى الاجبار فيه وفى سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخليه
وشرطها انه لو مد يده اليه امكنه قبضه وهو قول الشافعى
وفى الينابيع لو مات المولى قبل الادا فى جميع ما ذكرنا بطلت
تسميه الا فى روايه ابى سليمان وقال زفر لا يجبر على القبول وهو
القياس لانه يمين ولا جبر على شروط الايمان والدليل على انه يمين
عدم توقفه على قبول العبد وعدم احتمال الفسخ بخلاف الكتابه فان
لها حكم المعاوضه من وجه والتعليق من وجه ولهذا يفسد بفساد
العوض والشرط الفاسد فى صلب العقد ولو كاتب امته الحامل على
ما فى بطنها له فسدت الكتابه كالبيع والبدل فيها واجب ولنا
انه تعليق نظرا الى اللفظ والصوره ومعاوضه نظرا الى المقصود
لانه ما علق عتقه باداء المال الا ليحثه على تحصيله ودفعه اليه
لينال العبد شرف الحريه والمولى المال بمقابلته لان التعليق به يجعل
بمنزله الكتابه ولهذا يقع الطلاق به بائنا بلفظ الصريح الذى لا
يقع به الا رجعيا فدل على معنى المعاوضه بخلاف التعليق بدخول
الدار ونحوه فانه لا جبر فيه ولا يقع عند وجود الشرط الا رجعيا
فجعلناه تعليقا فى الابتدا عملا باللفظ حتى لا يجوز فسخه ولدفع
الضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه قبل الادا ولا يكون العبد

الرابع والعشرون

احق بمكاسبه ولا يسرى الى الولد المنفصل قبل الادا ولو مات المولى
وادى الى ورثته لا يعتق بخلاف المكاتب نص على ذلك ابو يوسف
وقد ذكرنا روايه ابى سليمان ولو باعه ثم اشتراه يجبر على القبول
عند ابى يوسف ولا يجبر عليه عند محمد لبطلان المعاوضه ذكره فى
الزيادات وجعلناه معاوضه فى الانتها يعنى عند الادا وما بعده
دفعا للضرر عن العبد لانه لو لم يجبر على القبول لضاع تعبه فى السعى
والاكتساب وذلك غرور بالعبد وقوله فعلى هذا تخرج المسائل
ويدور الفقه يعنى ان كل مسله لها شبهان يوفر على كل شبه
حظه كالهبه بشرط العوض جعلناها هبه محضه فى الابتدا حتى
لا يفيد الملك قبل القبض ولا يجبر على تسليمه ويفسد بالشيوع
فيما يحتمل القسمه ولا يستحق فيها الشفعه قبل القبض ولا يرد
بالعيب وبعد القبض جعلناها بيعا حتى يستحق فيها الشفعه
ويردها بالعيب ويترتب عليها بعد القبض احكام البيع ولو ادى
البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق كالمكاتب قلت
يرد هذا على قوله فجعلناه تعليقا فى الابتدا لان الجبر على القبول
ليس هو حكم التعليق ولو ادى البعض وحط البعض لا يعتق فقد اعتبر
حكم التعليق لان شرط عتقه ادا الكل حتى يوجد الشرط بخلاف
المكاتب فانه يعتق بذلك وكذا لو ابراه من جميع بدل الكتابه عتق
ايضا لبراه ذمته ولا شى فى ذمه العبد لسقوطه بالحط والابرا
وانما يعتق بوجود الشرط وهو ادا جميعه وفى مبسوط خواهرزاده
على ما ذكره عنه صاحب الحواشى لا يجبر على قبول البعض لاعتبار جهه التعليق

قبل ادا الجميع وحكم المعاوضه والكتابه انما يثبت عند ادا الكل
دون البعض ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق عتق ويرجع
المولى عليه به كالمستحقه وكذا المكاتب يعتق به فاذا ضمنها
للمستحق رجع على المكاتب وكذا يرجع ايضا لو اداه من المال الذي
كان اكتسبه قبل الكتابه ولو كان العبد اكتسبه بعد التعليق
وادى لا يرجع عليه لانه قد صار ماذونا وهو محتاج الى كسبه
ثم الادا في قوله ان اديت يقتصر على المجلس لمعنى المعاوضه وعليه
اشكال لان معنى المعاوضه انما يثبت في الانتها لا في الابتدا على
ما ذكره صاحب الكتاب بل المعتبر في الابتدا حكم التعليق كما
تقدم ولهذا لا يشترط القبول كسائر الشروط وعن ابي يوسف
انه لا يتقيد بالمجلس وهو الذي يوافق ما تقدم وفي قوله اذا
اديت او متى اديت لا يقتصر على المجلس لانهما لعموم الوقت وقد
ذكرناه ، وفي المبسوط لو اختلفا في مقدار المال المعلق باداية
فالقول للمولى لانه ينكر الشرط والبينه للعبد ولو قال انت حر
على الف فعجل حتى عتق ثم اختلفا فالقول قول العبد لانكاره بعد عتقه
وفي الخزانه لو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مايه وقبل فهو
مكاتب لا يجوز بيعه **قوله** ومن قال لعبده انت
حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب
الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما
لو قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول في الحال لان ايجاب
التدبير وجد في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق والمولى لا

يستوجب على عبده مالا الا على مكاتبه لما عرف قال لو لا العتق في
مسئلة الكتاب اذا قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث او الوصي
او القاضي ان امتنعا من اعتاقه لان العتق متى تاخر عن الموت يحتاج
الى التنفيذ ويعتق من ثلث ماله ونظر في قوله انت مدبر على الف
الى صورة اللفظ فاعتبره ايجابا في الحال وان كان معناه انت حر بعد
موتي وفي البدايع عن ابي يوسف القبول في الحال لانه ايجاب
العتق في الحال بعوض الا ان العتق يتاخر الى ما بعد الموت فكان
القبول في المجلس كما اذا قال ان شئت فانت حر راس الشهر ولو قال
انت حر على الف درهم بعد موتي فالقبول في الحال بلا خلاف لانه جعل
القبول في الحال شرطا لثبوت العتق بعد الموت فاذا قبل صار مدبرا
ولا يجب المال لما ذكرنا وفي الزيادات قال انت حر بعد موتي
على الف فالقبول بعد الموت ويشترط تنفيذه قال انت حر على
الف بعد موتي فالقبول في الحال لانه يتدبر ولا شي عليه وقد تقدم
وعلى هذا قال انت طالق غدا ان شئت فالمشيه في غد ولو قال
ان شئت فانت طالق غدا فالمشيه في الحال وابو يوسف سوى بينهما
وشرط القبول في الغد وزفر يجيزه وفي المنهاج لو قال ان شئت
فانت مدبر او انت حر بعد موتي ان شئت اشترطت المشيه متصلة
وقوله لان الميت ليس باهل للاعتاق صحيح فاذا مات لم يعتق بموته
حتى يعتق فالميت ليس باهل ان يعتقه بقوله بخلاف المعلق بنفس
الموت حيث يعتق بالاهليه السابقه وعند ذلك كان اهلا له ومن
اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد وعتق ثم مات العبد

من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد عليه قيمة خدمته اربع سنين وفي المبسوط قال انت
حر على ان تخدمني سنة فقبل فهو حر والخدمة عليه يوخذ بها فان
مات المولى فللورثه ان ياخذوه بما بقي من خدمة السنة من قيمته
في قياس قول ابي حنيفة الاخر وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال
محمد وانما ياخذونه بما بقي من قيمة الخدمة قلت وفي الكتاب
سوى بين موت العبد والمولى قال عيسى هذا غلط بل ياخذونه
بما بقي من خدمة السنه لان الخدمة دين عليه فيخلفه وارثه فيه بعد
موته كما لو كان اعتقه على الف درهم واستوفى بعضه ثم مات كان
للورثه ان ياخذوه بما بقي من الالف ولكن في ظاهر الرواية يقول الناس
يتفاوتون في الخدمة وكان الشرط ان يخدم المولى وقد فات بموته كما يفوت بموت
العبد ولو مات العبد قبل تمام المدة فللمولى ان ياخذ من تركته بقدر
ما بقي عليه من خدمة تلك المدة من قيمته في قول ابي حنيفة الاخر
وهو قول ابي يوسف الاول وفي قوله الاول وهو قول محمد من قيمة الخدمة
واصل المسئلة في كتاب البيوع اذا باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت
او هلكت قبل قبضها في قول ابي حنيفة الاخر وهو قول ابي يوسف يرجع
على العبد بقيمة نفسه وفي قوله الاول وهو قول محمد يرجع بقيمة الجارية
قال السرخسي الا ان هذا العذر ليس بقوي فان الخدمة عبارة عن
خدمة البيت وهي معروفة بين الناس لا يتفاوتون فيها فلا يفوت بموت
المولى ولكن الاصح ان يقول الخدمة عبارة عن المنفعة وهي لا يورث
فلا يمكن ايفاء عين الخدمة بعد موت المولى فلهذا كان للعتق قيمته او قيمة

الخدمة على حسب ما اختلفوا فيه لمحمد رحمه الله انه عقد لا يحتمل
النقض والفسخ بعد ثبوت العتق فصار كالنكاح والطلاق والصلح عن دم
العمد ولابي حنيفة رضي الله عنه ان كل واحد من العوضين له قيمة وقد
تعذر الفسخ بالعتق فوجب الرجوع بقيمة ما خرج من ملكه كمن باع
عبدا بجارية فاعتقها ومات العبد قبل التسليم يجب عليه قيمته لانه
كان في ضمانه وتعذر تسليمه بموته فيجب عليه قيمته لانه هو
الذي خرج من ملكه وفي المحيط والاسبيجابي ذكر قولهما وقول محمد
كما ذكر في الكتاب وعلى هذا ذمي اعتق عبده على خمر او خنزير يعتق
بالقبول فان اسلم احدهما قبل قبض الخمر فعندهما على العبد قيمته
وعند محمد عليه قيمة الخمر وفي الاسبيجابي لو كان خدم سنة ثم مات
احدهما فعلى قولهما عليه ثلثة ارباع قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه
قيمة خدمته ثلث سنين ولو لم يستحق الجارية ولكنه وجد بها عيبا
فردها فهو على هذا الخلاف اذا كان عيبا فاحشا وان كان غير فاحش
فكذلك عندهما وعند محمد لا يقدر على ردها لانه يجعل هذا مبادلة مال
بغير مال فاشبه النكاح والمراة لا تقدر على رد مهرها في العيب اليسير
وقد ذكره في نكاح الجامع ولو قال ان خدمتني سنة فانت حر
فخدمه اقل من سنة او اعطاه مالا عوض خدمته لم يعتق او قال
ان خدمتني واولادي سنة فمات بعض اولاده لم يعتق قوله
ومن قال لاخر اعتق امتك على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان
تتزوجه فالعتق جايز ولا تجبر على ذلك لمكان الحرية ولا شيء على الامر
لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم على ان تفعل لا يلزمه شيء

غير جائز

لان اشتراط البدل على من لا يسلم له المبدل لا يجوز الا في الخلع
والصلح عن دم العمد ويقع العتق عن المامور وقد عرف الرق فيما
تقدم ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم علي والمسلة
بحالها قسم الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب قيمتها اداه
الامر الى المامور وما اصاب مهر مثلها بطل عنه لعدم تزوجها
لانه لما قال عني تضمن الشرا اقتضا لان اعتاق الانسان امته
او عبده عن غيره لا يجوز عندنا لما فيه من الزام الولا عليه
واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شرا وبالبضع
نكاحا وقد فات البضع باباها فانقسم عليهما ووجبت حصة
ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو
زوجت نفسها منه لم يذكر وجوابه ان ما اصاب
قيمتها سقط في الوجه الاول وهو للمولى في الوجه الثاني وما
اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين ولو اعتق امته على
ان تزوجه نفسها فزوجته نفسها كان لها مهر مثلها عند ابي حنيفة
ومحمد لان العتق لا يصلح مهرا لانه ليس بمال وانما هو اسقاط الرق
واثبات الحرية والمهر لا يكون الا بمال وعند ابي يوسف لا مهر
لها وجوز جعل العتق صداقا لها وان ابت ان تزوجه نفسها
فعليها ان تسعى في قيمتها في قولهم

باب التدبير الموت والوفاة

دبر الحياة يقال دابر الرجل يدابر مدابرة اذا مات فسمي
العتق بعد الموت تدبيرا لانه اعتاق في دبر الحياة ذكره في

المغني والدبار الهلاك والدابرة آخر الرجل ودبر الرجل اذا
ولى ذكر ذلك ابن فارس في المجمل قوله اذا قال المولى
لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد
دبرتك وكذا حررتك او اعتقتك او انت محرر او عتيق او معتق
بعد موتي فقد صار مدبرا وفي الينابيع الفاظه انواع ثلاثة
احدها قوله دبرتك او انت مدبر او انت حر عن دبر مني
والنوع الثاني قوله ان مت فانت حر وان حدث بي حادث
الموت فانت حر والنوع الثالث اوصيت لك برقبتك
او اوصيت لك بثلث مالي فيدخل رقبته فيه وحكمه لا يجوز
بيعه ولا هبته ولا التزوج ولا التصدق به ولا رهنه وله
اعتاقه وكتابته واكسابه ومهرها وارشها للمولى في رواية
هشام عن محمد وفي المقدمات التدبير اللازم هو ان يقول
هو مدبر او حر عن دبر مني او حر بعد موتي بالتدبير فان قال
هو حر بعد موتي او قال اذا مت ولم يرد فهو وصية يصح الرجوع
فيها عند ابن القسم حتى يعلم انه اراد التدبير وعند اشهب تدبير
حتى يعلم انه وصية وفي المنهاج صريحه انت حر بعد موتي
او اذا مت فانت حر او اعتقتك بعد موتي وكذا دبرتك او انت
مدبر في المذهب والتدبير تعليق العتق بصفة وفي قول وصية
وفي المغني صريحه انت مدبر او دبرتك او حر بعد موتي وكذا لو علق
صريح العتق بالموت فقال انت حر او محرر او عتيق او معتق بعد
موتي فقد صار مدبرا بلا خلاف قلت تقدم خلاف ابن القسم

قوله هو حر بعد موتي او حر اذا مت قال ابن قدامه قال بعض الشافعيه في قوله انت مدبر او قد دبرتك يحتاج الى النيه وليس بصريح في التدبير ولنا ان ذلك صريح في التدبير فلا يحتاج الى النيه كالبيع ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحريه عندنا قال ابن قدامه في المغني وهو قول ابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وابن سيرين والزهري والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح ومالك واصحابه وقال القاضي عياض في الاكمال هو قول كافه العلماء والسلف من الحجازيين والكوفيين والشاميين وحكاه صاحب المبسوط عن زيد بن ثابت وابو الوليد بن رشد في المقدمات عن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما وروي ايضا عن عثمان وابن مسعود وبه قال شريح وقتاده وجماعه غيرهم وقال الحسن وعطا يجوز بيعه عند الحاجه اليه وقال الشافعي وابن حنبل واسحق وداود يجوز بيعه وهبته وصدقته عند الحاجه وغيرها واذا مات مولاه عتق من ثلث ماله وان كان عليه دين يسعى في جميع قيمته ولا يباع في الدين عند الجمهور وعند مالك يباع في الدين في حال حياه سيده وبعد موته وقال عبد الله بن مسعود ومسروق ومجاهد وسعيد بن جبير انه يعتق من راس المال قال القاضي عياض في اكمال المعلم وهو قول الليث بن سعد وزفر احتج من قال بعدم لزوم التدبير بما رواه ابو الزبير محمد بن مسلم بن تدرس المكي عن جابر بن عبد الله ان رجلا من الانصار يقال له مذكور اعتق غلاما له يقال له يعقوب عن دبر لم يكن له مال غيره فدعا به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من يشتريه فاشتراه نعيم بن عبد الله بن النحام بثمانمايه درهم فدفعها اليه الحديث اخرجه مسلم وابو داود والنسائي قال القاضي عياض والمنذري صوابه سقوط ابن لان نعيم بن عبد الله هو النحام لا ابوه سمي بذلك لسعله كانت به وقال ابن قدامه في المغني متفق عليه وهو غلط منه وانما هو من مفردات مسلم من روايه عن ابي الزبير عن جابر وهو مدلس مشهور قال ابن حزم وغيره والمدلس متى قال عن فلان لا يحتج به وعن عطا بن ابي رباح عن جابر بن عبد الله ان رجلا اعتق غلاما له عن دبر منه ولم يكن له مال غيره فامر به النبي عليه السلام فبيع بسبعمايه او تسعمايه رواه البخاري ومسلم وابو داود والنسائي وابن ماجه ولنا روايه ابن عمر وابي سعيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث احتج به الحافظ ابو جعفر الطحاوي وابو الحسن الكرخي وابو بكر الرازي وابو الوليد بن رشد المالكي في المقدمات وغيرهم من الايمه وروى ابو الوليد الباجي ان عمر رضي الله عنه رد بيع المدبره في ملا خير القرون وهم حضور متوافرون وهو اجماع منهم ان بيع المدبر لا يجوز قال ويدل على ان التدبير ليس بوصيه ان الرجوع فيه بالقول لا يجوز قلت وقد جوزه ابو ثور بالقول وهو ضعيف وفي المنهاج لو رجع عنه بالقول كابطلته او فسخته او نقضته او رجعت فيه صح

ان قلنا وصية وان قلنا تعليق بصفة وهو الاظهر لا يصح الرجوع بالقول وفي المقدمات لا يرجع فيه عند مالك واصحابه بقول ولا فعل كقول اصحابنا وعند الشافعي وابن حنبل يرجع فيه وهو وصية بما يخرجه عن ملكه كالبيع والهبة والصدقة ولا يكون قوله رجعت فيه رجوعا وفي المغني ظاهر كلام الخرقي انه لا يباع الا في الدين وقد اوما اليه احمد ولا يباع المدبر عندنا في الدين ويباع المدبر ولا نعرف بهذا الفرق عن احد قبله ولا بعده وقد باعت عايشة مدبرة سحرتها وهو خلاف ما تعلقوا به من الاحاديث ولو باع المدبر ثم اشتراه عاد التدبير عند ابن حنبل وعند الشافعي لا يعود على المذهب ثم ان الحنابلة قالوا التدبير وصية يجوز فيه الرجوع ولو اوصى بعبد ثم باعه بطلت الوصية وهو تناقض ويدل على انه ليس بوصية انه لو قال رجعت في تدبيري او ابطلته لم يبطل والصحيح ان ابطاله بالرجوع عنه لا يصح وقال ابن العربي المالكي لا يجوز بيع المدبر والرجوع فيه لانه علق عتقه على صفة لا بد منها وهو موته كما لو قال انت حر اذا جا راس الشهر او العام لانه قد انعقد هذا القول صحيحا وقد تحقق اقبال الشهر او العام ضرورة فلا يجوز ابطاله بشيء ولا بوجه من وجوه التفويت وهذا ظاهر جدا لكل منصف وهو تخليط منه وبيعه جايز عند الايمة الثلاثة واصحابهم بما اذا قال انت حر اذا جا راس الشهر او راس العام او قال انت حر غدا يجوز بيعه قبل ذلك الوقت ويبطل ايضا بما لو قال انت حر بعد موت فلان قال ويباع في الدين السابق

كالمنجز العتق عندهم اذا سبقه دين لان نفاذ عتقه يبطل حقوق الغرما وليس بعد هذا التحقيق مقال ولا لمحال قلت هذا تخليط لا تحقيق فيه فان عتق من عليه الدين في صحته غير ممنوع عندنا وبه قال الشافعي وابن حنبل وحديث جابر حكاية فعل او حكاية حال لا عموم لها وانما كان يعارض ما ذكرناه ان لو كان قال بيع المدبر جايز ولان المدبر نوعان مقيد ومطلق فيحمل على المقيد وهو جايز بالاتفاق ولان الامام لا يلي بيع اموال الناس وهو متروك الظاهر وقد روي عنه عليه السلام انه باع خدمة المدبر وهي رواية جابر ذكره ابو الوليد المالكي مع اصحابنا وانما تجوز الراوي في اللفظ والاجارة بيع المنفعة وهي نوع من البيوع وفي المبسوط عن ابي جعفر محمد الباقر بن علي زين العابدين انه عليه السلام انما باع خدمة المدبر لا رقبته والاجارة تسمى بيعا بلغة اهل المدينة كما رواه جابر ويحتمل انه كان في وقت كان فيه بيع المدبر جايزا كما كان فيه بيع الحر جايزا على ما روي عنه عليه السلام انه باع رجلا يقال له سرق في دينه ثم نسخ بقوله تعالى فان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره في الناسخ والمنسوخ ولان التدبير المطلق سبب لحريته لانها تثبت بعد موته حال زوال اهليته ولا يمكن تاخير اهليته الى زمان زوالها بخلاف التعليق بموت غيره والاضافة للغد فان اهليته موجودة عند ذلك فاذا انعقد سبب حريته امتنع بيعه كالمكاتب وام الولد وبخلاف التعليق بساير الشروط لان المانع من التسبيب قايم قبل الشرط لانه

يمين وهي للمنع ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال
السبب لا يجوز وفي جواز البيع وما يضاهيه ذلك ويويد هذا ما
ذكره خواهرزاده في مبسوطه فقال التدبير انما يصح للعبد من
حيث انه وصية له برقبته لا من حيث انه تعليق لانه اعتق بعد
الموت والتعليق بزوال الملك لا يصح كما لو قال ان بعتك فانت
حر واذا ثبت انه وصية فالوصية تنعقد سببا للحال كما لو نذر
ان يتصدق بدرهم غدا جاز اداوه من اليوم لوجود سببه فلهذا
انعقد سبب ملك الرقبة انعقد سبب العتق فلا يجوز فسخه بالبيع
كما لا يجوز نصا قلنا يرد عليه جواز الرجوع في الوصية
لكن قد جعلوا الوصية بالعتق لازمة على ما تقدم في الينابيع وفي المبسوط
والمغني فيه ان الموت كاين لا محالة وهو سبب الخلافة فكان سببا
للخلافة له في رقبته في الحال والتعليق بمجيء راس الشهر ليس
بموجب للخلافة والتدبير كالاستيلاد حتى كان ولد المدبرة
مدبرا لوجوب حق الحرية في الحال فيسري اليه كالاستيلاد
ويجوز وطء المدبرة كام الولد وكرهه الزهري وقال الاوزاعي
ان لا يطاها قبل التدبير لا يطأها بعده وفي المنهاج ولدت
المدبرة من نكاح او زنى لا يثبت للولد حكم التدبير على الاظهر
وضعفه السرخسي جدا وقال هذا مخالف لقول الصحابة كعثمان
وابن مسعود قال وكذا عن شريح وسعيد بن المسيب وقتادة
وجماعة وان دبر حاملا ثبت له حكم التدبير على المذهب قال
ابن قدامة حديث ابن عمر لم يصح عن النبي عليه السلام وانما هو عن

ابن عمر ثم ان الحديث الذي رووه انما كان للحاجة فان الراوي قال لم
يكن له مال غيره فيجوز الشافعي وابن حنبل بيعه من غير حاجة
لا يستفاد من الحديث ولا يستدل عليه به مع مخالفتهما السلف
فالاحتياط في الدين موافقتهم وهم اخبر بذلك من المتاخرين واعلم
بمدلول الخبر وفي المغني لو قال انت حر بعد موتي بشهر او بيوم لم
يعتق لانه في ملك الوارث كما لو قال ان دخلت الدار بعد بيعك
فانت حر وهذا لانه اعتاق له بعد قرار الملك عليه كالمنجز في ملك
الغير قلنا قد استحق العتق بعد موت المورث من ثلث
ماله المفسوح له في اخراجه والتصرف فيه مقدما على ورثته كما لو
اوصى باعتاقه فاعتق بعد موته بسنة او اوصى به لغيره فقبل
بعد موته بشهر او بسنة ولا نسلم ان الوارث يملكه مع وجود الوصية
به وانما يملك ما عدا الثلث بعد الوصية بخلاف البيع فانه يزيل
ملكه فلا ينفذ وفي الذخيرة لو قال انت حر بعد موتي بيوم
او قال بشهر فهذا لا يكون مدبرا وهو ايضا يعتقه لا يعتق بموت
المولى بمضي يوم او شهر ما لم يعتقه الوصي او الوارث وفي المبسوط
قال انت حر بعد موتي ان شئت لم يصر مدبرا لعدم تعليقه بمطلق
الموت فان نوى بها المشية الساعة فشا العبد فهو حر بعد موته
لتعلقه بمطلق الموت بعد ما شا فيكون مدبرا وان المشية بعد الموت
فاذا مات المولى فشا العبد عند موته فهو حر لوجود الشرط
لا بالتدبير وكان ابو بكر الرازي يقول الصحيح ان لا يعتق هنا ما
لم يعتقه الوارث او الوصي وهكذا ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده

لانه ما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعد ذلك الا باعتاق
ويكون وصية يحتاج الى تنفيذها كما لو قال اعتقوه بعد موتي ان شا
او قال هو حر بعد موتي بيوم هكذا ذكره ابن سماعة في نوادره ثم
في ظاهر الجواب يعتبر المشية بعد موت المولى في المجلس وعن
ابي يوسف انه لا يتقيد بالمجلس لان هذا في معنى الوصية ولا يشترط
في لزوم الوصية القبول في المجلس بعد الموت والفرق بين هذه
وبين تاخير العتق بعد الموت الى يوم او شهر ونحو ذلك انه لما اخر
العتق عن موته بزمان ممتد وملك الوارث يتقرر في ذلك الزمان
عرفنا ان مراده الامر باعتاقه وفي مسئلة المشية يتصل مشية
العبد بموت المولى قبل تقرر ملك الوارث فيعتق باعتاق المولى
ولا حاجة الى اعتاق الوارث اياه وروى الحسن عن ابي حنيفة انه
اذا قال لعبده اذا مت وغسلت فانت حر لا يكون مدبرا لانه ما علقه
بالموت وحده وكذا او كفنت او دفنت ثم اذا مات ففي القياس لا يعتق
وان غسل ما لم يعتق كقوله ان مت ودخلت الدار وفي الاستحسان
يعتق لانه يغسل عقيب موته قبل تقرر ملك الوارث في العادة
فهو نظير تعليقه بموته بصفة بخلاف دخول الدار لانه لا يتصل
بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه وكذلك في اختلاف زفر ويعقوب
اذا قال لعبده اذا مت او قتلت فانت حر عند زفر يكون مدبرا
لان عتقه تعلق بمطلق الموت حتى يعتق اذا مات على اي وجه
كان وعلى قياس قول ابي يوسف لا يكون مدبرا لانه علق عتقه
باحد الشيئين الموت او القتل فلم يكن عزيمه في احدهما فلا يصير

مدبرا انتهى كلام صاحب المبسوط وللمولى ان يستخدمه ويواجره
وان كانت مدبرة وطئها وله ان يزوجها فاذا مات المولى عتق من
ثلث ماله اذا لم يكن عليه دين وسعى في ثلثي قيمته للورثة وجميعها
لصاحب الدين وقد عرف وولد المدبرة مدبر وقد ذكرنا
وما فيه من خلاف الشافعي قوله وان علق
التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او في
سفري او مرض كذا او قال ان غرقت او قتلت او غير ذلك مما
يكون الصفة على خطر الوجود فليس هذا بتدبير ويجوز بيعه بالاجماع
فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعني من الثلث
كالمدبر لانه ثبت له التدبير في اخر جزء من اجزا التحقق تلك الصفة
ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف
ما لو قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب وهو
قول ملك وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف
لو قال الى مائتي سنة فهو مدبر مقيد ذكره في الينابيع وجوامع
الفقه ولو قال انت حر قبل موتي بشهر فليس بمدبر فاذا
مضى شهر قبل موته صار مدبرا عند ابي حنيفة وزفر وقال
ابو يوسف ومحمد لا يصير مدبرا وفي الاسبيجابي اذا لم يعتق الا
باعتاق الوارث او الوصي فالوارث يملك اعتاقه منجزا وتعليقا
والوصي لا يملكه الا منجزا ولو اعتقه عن كفارته يعتق عن الميت
دون الكفارة والولد لا يصير مدبرا في المطلق دون المقيد ولو دبر
وارث المرتد بعد لحوقه ثم جا مسلما اخذه مدبرا ولو دبر هو ولحق

بدار الحرب وباعه الوارث ثم رجع مسلما فاشتراه فهو مدبر
وفي المغني لو دبر الحامل يثبت تدبير حملها معها بلا خلاف كما لو
اعتقها وان حملت بعد التدبير فكذلك في قول اكثر اهل العلم
روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وبه يقول سعيد بن المسيب
والبصري والقاسم ومجاهد والشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز
والزهري والثوري والحسن بن صالح وملك وابن حنبل كقول
اصحابنا وعن جابر بن زيد وعطا لا يتبعها ولدها ولا يعتق بموته
وللشافعي قولان كالمذهبين وهو رواية عن ابن حنبل واختاره
المزني ولنا ما روي عن عمر وابنه وجابر انهم قالوا ولد
المدبرة مدبر بمنزلتها ولم يعرف في الصحابة مخالف فكان اجماعا
وهكذا ذكره السرخسي انه اجماع الصحابة فيرد قول المخالف فصار
كولد ام الولد فعلى هذا ان بطل التدبير بوجه من الوجوه على
قول من يرى ذلك لا يبطل في ولدها واما ولدها الموجود
المنفصل عنها فلا يدخل معها في التدبير بلا خلاف الا ما حكاه
ابو الخطاب رواية عن احمد وانكروها وفي الاسبيجابي اذا قتلت
المدبرة سيدها عتقت لوجود الموت وسعت للورثة في جميع
قيمتها لبطلان وصيتها بالقتل هذا في الخطا وفي العمد يقتل به
ولد ام الولد يسعى في الخطا

باب الاستيلاد

قوله اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد
له لا يجوز بيعها ولا تمليكها وكذا لا يجوز رهنها وبه قال الشعبي
والنخعي ومجاهد وعطا والحسن وسالم بن عبد الله ويحيى بن سعيد

الانصاري والزهري وابو الزناد وربيعة بن ابي عبد الرحمن والاوزاعي
والحسن بن حي وابن شبرمة والثوري وملك والشافعي وابو عبيد
واحمد واسحق بن راهويه ذكر ذلك في المحلى واختاره وقال
ابو بكر الصديق وعلي وابن عباس وابن مسعود وابن الزبير وزيد بن
ثابت بجواز بيعها ذكر ذلك في المحلى قال وبه يقول ابو سليمان
وابو بكر وجماعة من الظاهرية وقول ثالث عن عمر بن الخطاب
انها ان عفت واسلمت عتقت وان كفرت وفجرت ارقت وروي
مثله عن عمر بن عبد العزيز وقول رابع توقف ابو الحسن بن
المغلس وبعض الظاهرية وفيه قول خامس يعتق من نصيب ولدها
روي ذلك عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس ذكره في المغني
وفيه قول سادس قال ربيعة الراي يعجل عتق ام الولد استدل
من جوز بيعها بما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه انه قال بعنا
امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر فلما
كان عمر نهانا عن ذلك فانتهينا رواه ابو داود وفي النسائي وابن
ماجه قال جابر كنا نبيع سرارينا وامهات اولادنا والنبي عليه
السلام فينا حي لا نرى بذلك باسا قال ابو محمد هو في غاية
الصحة وقال الخطابي ليس اسناده بذاك وكان ابو بكر الصديق
رضي الله عنه يبيع امهات الاولاد في امارته وعمر رضي الله عنه في
نصف امارته وعن زيد بن وهب قال انطلقت الى عمر بن الخطاب اساله
عن ام الولد فقال ملكك ان شئت بعت وان شئت وهبت وقال
ابن عباس لا يعتق ام الولد الا بلفظ سيدها بعتقها ذكره ابن حزم في

المحلى وللجمهور حديث سلامة بنت معقل امراة من خارجة قيس عيلان قالت قدم بي عمي في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن ثم هلك فقالت امراته الان والله تباعين في دينه فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله اني امراة من خارجة قيس عيلان قدم عمي المدينة في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فقالت امراته الان والله تباعين في دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ولي الحباب قيل اخوه ابو اليسر كعب بن عمرو فبعث اليه فقال اعتقوها فاذا سمعتم برقيق قدم علي فأتوني اعوضكم منها فقالت اعتقوني فقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم رقيق فعوضهم غلاما رواه ابو داود وفي رواية احمد لا تبيعوها واعتقوها اي خلوا سبيلها وفي اسناده محمد بن اسحق بن يسار صاحب المغازي وحديثه حسن وذكر البيهقي انه احسن شيء يروى فيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما رجل ولدت منه فهي معتقة عن دبر منه رواه احمد وابن ماجه من رواية حسين بن عبد الله بن عبد الله بن عباس وتكلموا فيه قال يحيى بن معين في رواية يكتب حديثه ليس به بأس قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط هو حديث مشهور قلت المشهور عند الفقهاء ما تلقته الامة بالقبول وهذا بهذه المثابة ولا ينظرون الى سنده وقال عليه السلام

في مارية القبطية ام ابراهيم اعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطني من رواية حسين المذكور قال ابو محمد علي بن حزم جيد السند رجاله كلهم ثقات قلت قال علي بن المديني تركت حديثه وقال السعدي لا يشتغل بحديثه وقال النسائي متروك الحديث وقال يحيى ضعيف وقال مرة لا باس به يكتب حديثه وذكره ابو الفرج في الضعفاء والمتروكين قال ابو سليمان الخطابي قد ثبت انه عليه السلام قال انا معشر الانبيا لا نورث ما تركناه صدقة فلو كانت مارية مالا لبيعت وصار ثمنها صدقة وعن النبي عليه السلام انه نهى عن التفريق بين الاولاد والامهات وفي بيعهن تفريق بينهم وعن عمر بن الخطاب ايما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها وهو يستمتع منها ما عاش فاذا مات فهي حرة رواه مالك في الموطا والدارقطني ومن قوله اصح وعن عبيدة السلماني قال خطب علي رضي الله عنه الناس على المنبر فقال شاورني عمر في امهات الاولاد فرايت انا وعمر اعتاقهن فقضى عمر ايام حياته وعثمان مدة حياته فلما وليت رايت ان ارقهن فقال عبيدة فراي علي وعمر في الجماعة احب من راي علي وحده رواه سعيد بن منصور قال ابن حزم فيكون اشتهارا اعظم وانتشارا اكثر من حكم عمر في خلافته وعثمان جميع خلافته في امر فاش عام ظاهر وعلى موافقتهما على ذلك وذكر الشريف ابو جعفر في مسائله عن ابن عمر عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع امهات الاولاد ولا يصح عنه.

الـــه وانه بيع عن [illegible]

عليه السلام والاصح عن ابن عمر وروي عن علي وابن عباس وابن الزبير
الرجوع الى قول الجماعة ذكره ابن قدامة في المغني وقال ابن حزم
لا حجة في حديث جابر لانه ليس فيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
علم بذلك واقرهم وكان يلزم من يرى قول ابي سعيد الخدري كنا نخرج
ورسول الله صلى الله عليه وسلم حي صدقة الفطر صاعا من طعام
صاعا من شعير صاعا من تمر صاعا من اقط صاعا من زبيب مسندا
حجة ان يرى قول جابر حجة والا فهو متلاعب واعترض علينا
ان رواية ابن عباس وقد عمل بخلاف روايته فلا يبقى حجة عند الحنفية
على اصلهم وجعل ذلك قادحا في الاصل المنقول عنا وجهل ان ذلك
ثبت من غير حديث ابن عباس وقد ذكرنا رجوعه الى قول الجماعة
وهو كثير التشنيع والتخليط وقال المنذري وحديث جابر
يحتمل ان يكون ذلك في زمانه ولم يشعر به وانما يكون فعلهم حجة
اذا علم به رسول الله صلى الله عليه وسلم واقرهم عليه وبيعهن بيع
نادرا ويحتمل ان يكون ذلك مباحا ثم نهى عليه السلام عنه ولم يعلم
به ابو بكر لقصر خلافته واشتغاله بامور الدين ومحاربة اهل الردة
ثم نهى عنه عمر لما بلغه نهيه عليه السلام فانتهوا عنه وهو مثل
حديث جابر في المتعة قال كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق
الايام على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر حتى نهانا
عنه عمر رضي الله عنه رواه مسلم وفي النهاية عن ابن عمر كنا
نخابر اربعين سنة ولا نرى بها باسا حتى اخبرنا رافع بن خديج انه
عليه السلام نهى عن المخابرة فتركناها واجاب الشافعي في كتبه

الجديد في خمسة عشر موضعا بمنع بيع ام الولد وقيس عيلان ويقال
ابن عيلان بن مضر واسمه الناس بالنون وهو اخو الياس بالياء قيل
سمي قيس عيلان بفرس كان له وقيل بغلام وقيل برجل كان
يحضنه وقيل بكلب وفي اصول الفقه للسرخسي قول علي رضي الله
عنه ثم رايت ان ارقهن يعني لا يعتقن بموت السيد حتى يعتقهن
الوارث او الوصي ولا دلالة له على جواز بيعهن وقد قال اتفق
رايي وراي عمر على ان امهات الاولاد لا يبعن وفي المحيط واصول
الفقه للبزدوي والميزان للعالم لو قضى بجواز بيع امهات الاولاد
ينفذ عند ابي حنيفة خلافا لهما وفي الذخيرة الاجماع المتاخر
يرفع الخلاف المتقدم فلم يبق المسالة مختلفا فيها وبعضهم يقول
لا يرفع فيبقى مختلفا فيها وقيل الاول قول محمد انه يرفع الخلاف المتقدم
وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يرفع واليه مال شمس الايمة
الحلواني وبه قال بعضهم وقال بعضهم لا خلاف بين اصحابنا
انه يرفع والى هذا مال شمس الايمة السرخسي وانما ينفذ قضا القاضي
في بيع امهات الاولاد ما مضا قاض اخر على قول هذا القايل عند
علماينا لا ان المسالة مختلف فيها بين علماينا بل لان بعض العلما
خالف علمانا في انعقاد الاجماع من المتاخرين مع الاختلاف في
الصدر الاول فينفذ القضا بشبهة خلاف غيرهم لهم في انعقاد هذا
لا لمكان الاختلاف بين علماينا وذكر الكرخي عن ابي حنيفة ان قضا القاضي
ببيع ام الولد لا ينقض قال بعضهم هذا دليل على ان ابا حنيفة
جعل الاختلاف في الصدر الاول مانعا من انعقاد الاجماع المتاخر

وقال بعضهم لا بل لان هذا الاجماع مجتهد فيه وفي الحواشي اعتقها ولدها اي اثبت فيها حق العتق بدليل قوله فهي معتقة عن دبر منه ولان الجزئيه قد حصلت بين الواطي والموطوءه بواسطه الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن المميز بينهما واليه اشار عمر رضي الله عنه بقوله وقد اختلطت لحومكم بلحومهن ودماوكم بدمايهن بحكم ان الولد صار منسوبا اليهما وحصل الاتحاد بينهما لان الولد صار مضافا اليهما على سبيل الكمال والاتحاد والجزئية كل واحد منهما يوجب الحريه فلما كانت الجزئيه والاتحاد حكميه غير حقيقيه اوجب ذلك حق الحريه وقال ابن حزم الانسان خلقه الله تعالى من مني ابيه وامه فصح انه بعضها وبعض ابيه وخالف في المسله شيخه داود الظاهري وحكي ان ابا سعيد احمد بن الحسين البردعي من كبار اصحابنا لما دخل بغداد حضر درس داود الاصبهاني الظاهري فناظره في منع بيع ام الولد فقال داود اتفقنا على جواز بيعها قبل ان تصير ام ولد فوجب ان يبقى كذلك لان الاصل في كل ثابت دوامه واستمراره فعارضه ابو سعيد وقال قد زالت تلك الحاله بالاتفاق وامتنع بيعها لما حملت ولد سيدها والاصل في كل ثابت وهو حرمة بيعها اجماعا دوامه واستمراره فانقطع الظاهري ولم يجد له جوابا واستحسنوا هذه المناظره اصحاب المذاهب الاربعه ذكرها ابو الوليد ابن رشد في المقدمات وابو بكر ابن العربي في العارضه وشمس الايمه السرخسي ويمكن الظاهري ان يجيب بان بيعها حاملا يستلزم بيع ولدها وهو

حر ولا كذلك نسله ويجاب بذكر الجائر من الجزئيه والبعضيه الذي تقدم وناظر ابو سعيد المذكور ايضا قاضي القضاه ابا خازم عبد الحميد بن عبد العزيز العراقي الحنفي قاضي المعتضد في توريث ذوي الارحام وكان قاضي القضاه يرى ان اتفاق الخلفا الاربعه اجماع يوجب العلم لما ثبت من قوله عليه السلام عليكم بسنتي وسنة الخلفا الراشدين المهديين من بعدي عضوا عليها بالنواجذ ولم يعتبر خلاف زيد بن ثابت في منع ذوي الارحام لمخالفه الاجماع عنده وامر المعتضد برد الاموال التي اجتمعت في بيت المال مما اخذ من تركات فيها ذووا الارحام فانكر عليه ابو سعيد البردعي وقال هذا شي امضي على قول زيد فقال ابو خازم لا اعتد بخلاف زيد في مقابله قول الخلفا الراشدين وقد قضيت بذلك فليس لاحد ان يبطله بعدي وذكر السرخسي انه امر المعتصم والظاهر انه غلط من الكاتب فانه لم يكن في ايام المعتصم وقال قاضي القضاه تقي الدين ابن دقيق العيد رحمه الله جانى الاسلام قاضيان من اصحابكم لم يكن لهما نظير في الدين القاضي بكار بن قتيبه البكراوي البصري قاضي مصر توفي سنه سبعين وماتين وسنه تسع وثمانون سنه والقاضي ابو خازم المذكور قاضي القضاه ببغداد اعلم انه لا خلاف في اباحة التسري ووطي الاما وقد كانت ماريه ام ابرهيم عليه السلام ام ولد وكانت هاجر ام اسماعيل سريه لابرهيم الخليل عليه السلام وذكر ابن الجوزي في المنتظم ان طوج بن قندوزي جد الترك كان ابن ابرهيم الخليل من سريته قندورا وكانت لعمر امهات اولاد وكذا

لعلي وعلي بن الحسين زين العابدين والقسم بن محمد وسالم بن عبد الله من
امهات الاولاد ويروى ان الناس لم يرغبوا في الاما حتى ولد هولا
الثلثه وروى سالم بن عبد الله ان عبد الله بن رواحه كانت له جاريه
وكانت امراته ترصده فخلا البيت فواقعها فقالت له امراته افعلتها
فقال ما فعلت قالت اذن فاقرا فقال

شهدت بان وعد الله حق وان النار مثوى الكافرينا
وان العرش فوق الما طاف وفوق العرش رب العالمينا
وتحمله ملائكة شداد ملائكة الاله مسومينا

فقالت اما اذ قرات فاذهب ويروى انها قالت صدق الله
وكذبت عيناي فاتى رسول الله واخبره قال فلقد رايته يضحك
حتى بدت نواجذه ويقول هيه كيف قلت فاكرره عليه فيضحك
قال وبقا الحريه حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال
فكذا الحريه تثبت في حقهم لا في حقهن حتى لو ملكت الحرة زوجها
وقد ولدت منه لم يعتق بموتها وكذا لو كان بعضها مملوكا له لان
الاستيلاد لا يتجزا فيملك نصيب شريكه بالقيمه موسرا كان او معسرا
اذا لم يمنع من ذلك مانع لانه ضمان تملك لا ضمان افساد وقد تقدم
ذلك غير مره قوله وله وطيها واستخدامها
واجارتها وتزويجها وهو قول الجمهور وقال مالك لا يملك
اجارتها ولا تزويجها كالبيع وهو ضعيف وله كسبها واعتاقها
وكتابتها لان الملك في ام الولد قايم حتى لو قال كل مملوك
لي حر عتقت ويصح اعتاقها وكتابتها ويحل وطيها فاشبهت المدبره

ولا يثبت نسب الامه قبل ان يصير ام ولد الا باعترافه به وان اعترف
بوطيها عندنا وهو قول الحسن البصري والشعبي والثوري ويروى
عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت مع العزل وعند الايمه الثلثه
يثبت نسب ولدها اذا اعترف بوطيها وان عزل عنها الا ان
يدعي انه استبراها بعد وطيها بحيضه وهو ضعيف لانهم زعموا
انها بالوطي صارت فراشا كالنكاح وفيه يلزمه الولد وان
استبراها مع ان الحامل تحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد
الاستبرا بالحيضه ولو وطيها في دبرها يلزمه الولد عند مالك
ذكره في الجواهر ومثله عن ابن حنبل وهو وجه للشافعيه ضعفوه
وروى الحافظ ابو جعفر الطحاوي باسناده عن عكرمه عن ابن عباس
انه كان ياتي جاريه فحملت فقال ليس مني اني اتيتها اتيانا لا اريد به
الولد وعن عمر انه كان يعزل عن جاريه فجاءت بولد اسود فشق عليه
فقال ممن هو فقالت من راعي الابل فحمد الله واثنى عليه ولم يلزمه
وعن زيد بن ثابت انه كان يطا جاريه فارسيه ويعزل عنها فجاءت
بولد فاعتق الولد وجلدها وقال انما كنت استطيب نفسك
ولا اريدك وعنه انه قال لها ممن حملت قالت منك فقال
كذبت ما وصل اليك مما يكون منه الحمل ولم يلزمه مع اعترافه بوطيها
فهو حجة عليهم وفي النهايه المالك اذا اعترف بوطي جاريته
ثم ادعى الاستبرا بعد الوطي فاتت بولد لا يلحقه ما لم يستلحقه
ولو وطيها مالكها او غيره بشبهه فلما طهرت وطيها الاخر بشبهه
فجاءت بولد يمكن ان يكون من كل واحد منهما بجعل من الثاني بغير قول

قايف ولم يعتبر الشبه ولو وطئها زوج بنكاح فحاضت ثم وطئها
اخر بشبهة فاتت بولد يمكن ان يكون من كل واحد منهما يرى القايف
ولا يعتبر الاستبرا بالحيضة في النكاح والمعتبر في الزوج مجرد الامكان
والحيضة لا تمنع من ذلك فلم يكن وطي الامة مع الحيضة معتبرا
ولم يجعل الامة الموطوءة فراشا مع الحيضة وفي النكاح اكتفى بمجرد
الامكان من غير وطي ولم يجعل الاستبرا قاطعا لفراش النكاح
فدل على ضعف من جعل الامة فراشا بالوطي فلا يثبت نسب
ولدها الا باستلحاقه لعدم الفراش المعتبر وقول الشافعي لما ثبت
النسب بالعقد مع الامكان فلان يثبت بالوطي وانه اكثر افضا اولى
على ما حكاه عنه صاحب الكتاب ضعيف لانه لو زعم انه استبراها
بعد الوطي لا يثبت نسبه وفي النكاح يثبت من غير وطي فبطل اعتباره
بالنكاح ولان وطي الامة يقصد به قضا الشهوة دون الولد كالاستخدام
لوجود المانع منه من فوات مصلحة بيعها وافساد ماليتها والناس
يكرهون اولاد الاما فلابد من التزامه بالدعوة بمنزلة ملك اليمين
من غير وطي بخلاف النكاح لان المقصود به الولد ولهذا لا ينفرد بالعزل
وفي امته ينفرد به لان وطيها قضا الشهوة دون الولد وتايد مذهبنا
بقول الصحابة والتابعين الذين ذكرتهم آنفا فان جاءت بولد بعد
ذلك ثبت نسبه بغير اقرار اذا اعترف بالولد الاول لانها صارت
فراشا بالولد ومقصودة للولد كالمعقود عليها الا انه ينتفي بنفيه
وولد النكاح لا ينتفي الا باللعان لتاكد الفراش ولهذا لا يملك ابطاله
بالتزويج ويملك نقل فراش ام الولد بالتزويج فكان ضعيفا هذا اذا

كان يحل وطيها بعد الولد الاول وان لم يحل لا يثبت نسبه الا
باستلحاقه كما لو وطئها ابو سيدها او ابنه او وطي هو امها او
بنتها او حرمت عليه برضاع او كتابة ذكره في المحيط والينابيع وغيرها
ولو اعتقها ثبت نسب ولدها الى سنتين من يوم الاعتاق
وكذا الموت لانها معتدة ولا يمكن نفيه لان فراشها تاكد بالحرية
بدليل انه لا يملك نقله الى غيره بالتزويج فالتحق بفراش المنكوحة
في القوة ولو حرمت عليه بالحيض والنفاس او الصوم او الاحرام
يثبت نسبه بالسكوت لان المحل لم يحرم وانما حرم الفعل فيه
قال والذي ذكرناه في الحكم واما في الديانة فان وطيها
وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يدعيه لان الظاهر ان الولد
منه وفي المبسوط وروي عن ابي حنيفة انه لو لم يعزل عنها وحصنها
فعليه ان يدعيه وليس له نفيه فيما بينه وبين الله فاما اذا عزل
عنها او لم يحصنها فله ان ينفيه وفي الكتاب وان عزل عنها ولم يحصنها
وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف ومحمد قال ذكرناهما في كفاية
المنتهي وهما عن ابي يوسف اذا وطيها ولم يستبرئها بعد ذلك
حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه سوا عزل عنها او لا حصنها او لم
يحصنها حملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه وعن محمد انه لا
ينبغي له ان يدعي نسبه اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له ان يعتق
الولد ويستمتع بالام ثم يعتقها بعد موته لان استلحاق نسب
ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين هكذا في المبسوط وان
زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا التصدق

به ولا رهنه ولا تسعى لاحد وتعتق من راس ماله كامه ويجوز استخدامه
واجارته لسراية حكم امه اليه الا انه لا يستمتع بها لو كانت امة
لانه وطئ امها وهو اجماع والنسب ثابت من الزوج لفراش النكاح
ولا يثبت من مولاها لو ادعاه لانه ثابت النسب من غيره وهي اجماعيه
واذا مات المولى عتقت من جميع ماله لاقراره وولدها في الحال
لزعمه انه ابنه وفي المبسوط لو زوج جاريته من عبده فجاءت بولد
فادعاه المولى لم يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من عبده
ويعتق الولد لملكه وامه بمنزلة ام الولد تعتق بموت سيدها وفي
المحلى اذا ولدت ام الولد اولادا من زنا او غيره من غير سيدها
فهم بمنزلتها اذا عتقت عتقوا وقال صاحب الكتاب بحديث
سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام امر بعتق امهات الاولاد
وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث وقد ذكرنا ما ورد فيه ولا
اصل له عن سعيد بن المسيب ولان الحاجة الى الولد اصلية فيقدم
على حق الورثة والغرما كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية من
زوايد الحوائج لكنها لازمة قوله واذا اسلمت ام
ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وتكون بمنزلة المكاتب
لا تعتق حتى تودي السعاية او بموت سيدها وقال زفر
تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض
على مالكها الاسلام فابى فان اسلم بقي على حالها وفي المغني اذا
اسلمت ام ولد النصراني منع من وطيها والاستمتاع بها ويحال بينها
ولا يمكن من الخلوة بها واجبر على نفقتها فان اسلم حلت له وان مات

قبل اسلامه او بعده عتقت بموته وهو قول الشافعي وقال مالك
والظاهرية تعتق في الحال لانه لا سبيل الى بيعها ولا الى اقرار ملك
الكافر على المسلمة وقال الاوزاعي تعتق نصفها وتسعى في نصفها
ذكره في الحاوي وعن احمد بن حنبل في رواية اخرى تستسعى في قيمتها
فان ادت عتقت كما قلنا اذ فيه جمع بين الحقين والمصلحتين وهو اولى
من الزام نفقتها الى الممات بلا عوض ولا منفعة واعتبارها بالعبد القن
اذا اسلم وهو قياس فاسد فان اخراج العبد من ملكه ممكن بالبيع بخلاف
ام الولد وهي تجتهد في السعاية لتنال شرف الحرية عاجلا قال ومالية
ام الولد يعتقدها الذمي قلت وكذا المسلمون كافة الا ابا حنيفة
رضي الله عنه ويجوز كتابة ام الولد لتعجيل عتقها قبل موت سيدها
وكذا كتابة المدبر ولانها ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهو يكفي
في وجوب الضمان كالقصاص فانه لو عفا احد الاولياء يجب المال
للباقين وهو غير متقوم في حق من عليه حتى لو عفا المريض مرض الموت
عن قصاصه يعتبر من راس ماله فان عجزت لا ترد قنا اذ لو ردت
فيه اعيدت مكاتبة لقيام الموجب لاعادتها ومن استولد امة غيره
بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وبه قال الحسن بن ابي الحسن
البصري وهو رواية ابن ابي موسى عن ابن حنبل وفي الجواهر
لا تصير ام ولد له وكذا لو وطيها بشبهة او ولدت ولدا حرا بغرور
ثم اشتراها ولو اشترى زوجته وهي حامل فولدت عنده تصير
ام ولد له بذلك على الرواية المشهورة وهو قول ابن حنبل وعن بعض
الحنابلة ان وطيها في ابتدا الحمل بالملك تصير ام ولد وقالوا ان الوطي

يزيد في سبع الحمل بعض ويرجع في ذلك الى اقوال الطبايعيه وفي المغني الزيادة في الولد غير متيقنة فلا تثبت بالشك ولو ثبتت لا تثبت هذا الحكم بدليل انه لو ملكها وهي حامل من الزنا او من غيره فوطيها لم تصر ام ولد وان زاد وما اعلم كيف احتجوا بالطبايعيه ولو سلم ذلك ولم يكن له فيها عند العلوق ملك فقد علق الولد رقيقا وهو مانع من جعلها ام ولد عندهم وعند الشافعي لا تصير ام ولد في الاظهر من غير تفصيل ذكره في المنهاج والنكاح الفاسد كالصحيح في ذلك وكذا الوطي بالشبهه والغرور وفي المقدمات لو اشترى زوجته وهي حامل تصير ام ولد له لان الولد عتق وهو في بطنها وهو مذهب ابن القاسم واكثر اصحابه ومنهم من قال لا تصير ام ولد لان الرق مسه في بطن امه وهو مذهب اشهب وفي المنسه وولد المغرور وفي الجارية اذا ملكها قولان وكذا لو استولد جارية ابنه فيها قولان علل صاحب الكتاب للشافعي بانها علقت برق فلا تصير بعده بالملك ام ولد له كما لو علقت به من الزنا ثم ملكها الزاني ولان امومية الولد باعتبار علوقه جزء الاصل لانه جزء الام والجزء لا يخالف الكل قلنا المخالفه بين الجزء والكل ثابتة لان الولد علق حر الاصل ولم يمسه رق وام الولد رقها مستمر حتى يموت سيدها فقد خالف الجزء الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما تقدم والجزئية بينهما بنسبة الولد اليهما كلا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بينهما بواسطة انتساب الولد اليهما بخلاف ولد الزنا فانه لا نسبة له الى الزاني حتى لو ادعى غيره نسبه

ثبت منه بخلاف المنفي باللعان وانما يعتق عندنا اذا ملكه لانه جزءه حقيقة بغير واسطة واستعمال الجزء حرام نظيره من اشترى اخاه او عمه من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الجد او الوالد وهي غير ثابتة نعني نظير ام الولد من الزنا الاخ من الزنا فانه لو ملكه لا يعتق عليه لانتسابه اليه بواسطة ابيه وهي غير ثابتة فكذا ام الولد نسبتها الى الوالد باعتبار نسبة المولود اليه وهي غير ثابتة لكن يرد على هذا التعليل ما لو زوج امته من عبده فولدت ولدا فادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من عبده لكنه يعتق عليه وتصير امه ام ولد له وان كانت النسبة منتفية واجاب في المبسوط عن هذا السؤال فقال هي في ملكه ويحتمل وطيها بالشبهه في نكاحه او قبل تزويجها اياه ولم يعتبر هذا الاحتمال في حق النسب لاستغنائه عنه واعتبر في حقها لحاجتها الى امومية الولد لتعتق بموته ولو طلقها فتزوجت بغيره فولدت منه ثم اشترى الكل تصير ام ولد ويعتق ولده وولدها من غيره يجوز بيعه ولا ولا يكون بمنزلة امه خلافا لزفر ذكره في المبسوط والجامع بخلاف الحادث في ملكه من غيره فانه في حكم امه وقال عمر بن عبد العزيز اولاد ام الولد عبيد وفي التلخيص لابي العباس بن القاص لا تباع ام الولد الا في ثلث مسايل احداها ان يطاها وهي مرهونة بغير اذن المرتهن فتلد منه ولا مال له غيرها فتباع لحق المرتهن فمتى عادت صارت ام ولد والثانية اذا وطيها

بعد ما جنت فولدت منه وليس له مال غيرها فانها تباع بحق المجني عليه وهي ام ولد له متى عادت الى ملكه والثالثه ام ولد المكاتب يجوز بيعها قوله واذا وطي جاريه ابنه فجات بولد فادعاه ثبت نسبه منه وتصير ام ولد للاب وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمه ولدها وقد تقدمت المسله بفروعها ودلايلها وعند ملكه يملكها بالقيمه حملت منه او لم تحمل ذكره في المقدمات وفي المغني لو وطي جاريه ولده فان كان قد قبضها وتملكها ولم يكن الولد وطيها فقد ملكها الوالد بذلك وان كان وطيها قبل تملكها درا عنه الحد ويعزر لانه وطي جاريه الغير وطيا محرما كوطي الجاريه المشتركه فان علقت منه فالولد حر ولا يلزمه قيمته ولا يلزمه قيمتها ولا مهرها وعندنا يلزمه قيمتها ولا يلزمه مهرها لانه ملكها قبيل الوطي بالقيمه وللشافعي قولان احدهما تصير ام ولد ويلزمه قيمتها ومهرها والاخر لا تصير ام ولد ويلزمه مهرها دون قيمتها لانه لم يتملكها ولما تملكها صارت جاريته فلا يلزمه قيمتها ولا مهرها كولدها هذا مذهب ابن حنبل وان وطي ابو الاب جاريه حافده مع بقا ابي الحافد لم يثبت نسبه لانه لا ولايه للجد مع وجود الاب ويشترط ان يكون الولايه اليه عند العلوق والدعوى وما بينهما ذكره في الجامع فان كان الاب ميتا ثبت النسب من الجد لظهور ولايته عند فقد الاب وال وكفر الاب ورقه بمنزله موته لعدم ولايته وان كان مرتدا فدعوه الجد موقوفه عند ابي حنيفه وعندهما باطله وان ادعاه الاب

وهو مرتد فهي موقوفه عند ابي حنيفه وعندهما صحيحه وهي فرع تصرفات المرتد بالدعوه يملكها بقيمتها فكانت مبادله وهي موقوفه من المرتد عنده خلافا لهما وكان ينبغي ان يتوقف عندهما ايضا لان تصرف المرتد في مال ولده موقوف عندهما ايضا وان لم يتوقف في مال نفسه لكنها تضمنت التصرف في مال نفسه فلا يتوقف لا سيما والنسب يحتاط في اثباته فنفذ ولم يتوقف ولو كان الاب معتوها فادعى الجد صحت ولو ادعى المعتوه بعد افاقته وقد جات به لاقل من سته اشهر من افاقته القياس ان لا يصح لانعدام الولايه للاقرب عند العلوق وفي الاستحسان يصح لان العته لا يبطل الحق والولايه بل يعجزه عن العمل به نظيره اذا غاب الاقرب تثبت ولايه الانكاح للابعد مع بقايها للاقرب ولا يصح استيلاد مدبره الابن ولا ام ولده لانهما لا يتملكان بالقيمه وان جات به لاقل من سته اشهر من وقت الوطي لا يثبت نسبه منه لان العلوق كان في زمن لا ولايه للجد في الاستيلاد وفي المنافع يشترط ان يكون الجاريه في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوه وان يكون الاب صاحب ولايه بان لا يكون كافرا ثم اسلم ولا عبدا ثم عتق كما قلنا في الجد واذا كانت الجاريه بين شريكين فجات بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لان وطيه صادف ملكه في النصف وهو كاف لصحة استيلاده وصارت ام ولد له اما عندهما فلانها لا تتجزا كالاعتاق ويعتبر العتق المؤجل بالمعجل وعنده اذا امكن تمليكه يكمل وقد امكن لانه قابل للانتقال من ملك الى ملك ويضمن

نصف قيمتها موسراً كان او معسراً لانه ضمان تملك على ما عرف
ونصف عقرها لان وطيه في نصيب شريكه صادف ملك الغير
والاب لا يضمن العقر في جارية الابن اذا استولدها لانه يملك
ايضا قبل الوطي فيكون قد صادف ملك نفسه وههنا الضروره
الى تقديم ملك الشريك لانه ملكه كاف لصحة الاستيلاد ولا نغرم
قيمة ولدها في المسئلتين لان الولد علق حر الاصل اذ النسب
يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يعلق شي منه رقيقا
ولان ضمان الولد يدخل في ضمان الام كما لو اعتق جاريه مشتركه
وهي حامل لا يضمن قيمة الولد ولا اشكال في ولد الاب فانه قد
ملك الام قبيل الوطي فليس للابن شبهه في اخيه ولو كان ملكه
لعتق عليه مجانا والعقر يستعمل في الاما قيل اذا كانت بكرا يجب
عشر قيمتها واذا كانت ثيبا نصف عشر قيمتها ذكره السرخسي
في الاصل وفي الحراير يسمى مهر المثل وفي المبسوط البكري انه
ينظر الى مهر المراه بكم كانت تستاجر على الزنا لو جاز الاستيجار
عليه فالقدر الذي يستاجر به على الزنا يجعل عقرها ولا يجب الحد ١
بوطي الجاريه المشتركه عند العامه واوجبه ابو ثور لانه
وطي محرم لا حل ملك غيره قلنا وطيه صادف ملك نفسه
فلم يجب به حد كما لو سرق ثوبا نصفه له فانه لا يقطع ولا خلاف في
انه يعزر قوله وان ادعاه معا ثبت نسبه
منهما اذا حملت في ملكهما قال عياض في الاكمال وهو قول الثوري
واسحق بن راهويه وقال الشافعي وابن حنبل يعمل فيه بقول القافه

وهو قول مالك في الاما دون الحراير استدل الشافعي وابن
حنبل بحديث عايشه رضي الله عنها قالت ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم دخل علي مسرورا تبرق اسارير وجهه فقال الم تري
ان مجززاً المدلجي نظر انفا الى زيد بن حارثة واسامة بن زيد
فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض رواه الجماعه ويروي
ان هذه لاقدام بعضها من بعض ويروى ان هذه اقدام بعضها
من بعض ويروى ان بعض هذه الاقدام من بعض قال ابن
حزم لا يسر رسول الله صلى الله عليه وسلم بظن ولا يسر الا بحق
مقطوع به قلنا قوله لا يسر الا بحق مقطوع به باطل
فان قول القايف لا يفيد العلم والقطع قال امام الحرمين قول
القايف من باب الظن والتخمين وكم من حاذق يغلط ولان قول
القايف فيه قذف المحصنات ونسبه الاولاد الى غير الاباء
فلا يعول عليه وقد ذكرنا الجواب عن الحديث قال عياض
كانت القيافه في بني مدلج وبني اسد وانما قيل مجزز لانه كان
اذا اخذ اسيرا حلق لحيته ذكره الزبير بن بكار وقال غيره
جز ناصيته قال المازري كانت الجاهليه تقدح في نسب
اسامه بن زيد بن حارثه لانه كان اسود شديد السواد وكان
ابوه زيد ابيض مثل القطن قال ابو داود ابيض من القطن
وهو غلط وقال احمد بن صالح كانت الجاهليه تصغي الى قول
القافه فسر عليه السلام بذلك لكونه كافا عن الطعن في نسبه
قال المازري يرجح الفراش على قول القايف والحراير هن فراش

قلت ولذا الاماء بالوطي تصير فراشا عندهم ولا يقبل النفي وولد النكاح يقبل النفي باللعان وكذا للامه فراش بالزوجيه كالحره ولا فرق قال ابن حزم والعجب من ملك يحتج بخبر مجزز ثم يخالفه ومجزز انما قاله في ابن حره لا في ابن امه لان ام اسامه بن زيد بن حارثه بركه وكنيتها ام الظبا بنت حصن بن ثعلبه بن عمرو بن حصن بن ملك بن سلمه بن عمرو بن النعمان تزوجت بعبيد فولدت له ايمن وهي ام ايمن حاضنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تزوجت بزيد بن حارثه فولدت له اسامه وقال ابن شهاب الزهري كانت بركه حبشيه قالوا كانت للنبي عليه السلام بركة اخرى حبشيه وكانت تخدم ام حبيبه فلعلها اشتبهت على الزهري وكان لزيد ايضا فراش فلا اعتبار لقول القايف مع الفراش فلا يحتج المالكيون بقول مجزز ثم ان القاضي عياضا نقل عن ملك والشافعي ان قول القايف شهاده يشترط فيه اثنان وتمسكا بقول مجزز وحده فهو حجه عليه لكن قوله حكم عند الشافعي ويكتفى بواحد ذكره في المنهاج فكان قول مجزز حجة عليه لان الحكم يحتاج الى مدعي ومدعى عليه ولم يوجد واحد منهما وفي النهايه لا قايف بعد البلوغ اذا كان ابتدا الدعوه بعد البلوغ وفيه والقيافه احكام ومعلولها التخمين وكم من حاذق يغلط وان لم يوجد قايف او وجد وتوقف وتحير او وجب عليه غلط توقف الامر حتى يبلغ فينتسب ولا يختار تشهيا ثم قال قال شيخي يحبس حتى يختار قلت هذا تناقض وفي الجواهر لو وطي الجاريه البايع والمشتري

في طهر واحد فجاءت بولد فهو ابن لهما ولا يوالي احدا حكي ذلك عن سحنون من المالكيه ولو مات قبل الموالاه فهو ابن لهما وفي النهايه لا اثر للمحصنه في النكاح ولا لانكار الوطي ولا تؤثر فيه قيافه ولا انتساب ولا ينتفي الا باللعان اذا كان الوطي ممكنا بخلاف ملك اليمين وفي الاكمال قال ان الحقته القافه بهما فهو ابن لهما عند سحنون وابي ثور وملك ان مات قبل ان يوالي احدهما كما ذكره في الجواهر وقال القاضي عياض لا خلاف بين القايلين بذلك فيما قالوه انه انما يكون ذلك فيما اشكل من الفراشين بين البايع والمشتري يطآن الجاريه في طهر واحد فتاتي بولد لاكثر من ستة اشهر من وطي الثاني ولاقل من اكثر مده الحمل من الاول قلت هذه صوره نادره جدا فلا يشرع فيها قول القايف لعدم الحاجه ويكون من الثاني كمذهبنا لانها ولدته في ملكه فهو اولى من غير المالك فاحتجاجهم بقول مجزز حينيذ باطل لان اسامة لم يكن ولد جاريه تنازع فيه بايع ومشتر في طهر واحد وعند اسحق يقرع بينهما وهو القديم للشافعي ذكر ذلك عياض وهو مروي عن علي رضي الله عنه اخرجه النسايي وفي قصة العجلاني لم يعتبر عليه عليه السلام الشبه ولا في قصه المتلاعنين التي قال فيها ان جاءت به على صفه كذا وكذا فهو لفلان فجاءت به على النعت المكروه ولم ينقض حكمه ولا حدها والى ثبوت النسب بوجود الشبه ولا لعدمه انتفا النسب الا ترى ان الرجل الذي قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان امراتي ولدت غلاما اسود فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل لك ابل فقال نعم

قال ما الوانها قال حمر قال هل فيها من اورق فقال ان فيها لورقا
فقال فما ترى ذلك جاها قال من عرق نزعها فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم فلعل هذا عرق نزعه رواه الجماعه ولم يرخص له
عليه السلام في نفيه لعدم الشبه ولا منعه من ادخاله على بناته
وحرمه ولا عول على انتفا الشبه بل ضرب له مثلا اعلم به ان
الشبه لا يوجب ثبوت الانساب ولا عدمه يوجب انتفاها وذكر
صاحب الكتاب وغيره في كتب الفقه ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه
كتب الى شريح في هذه الحادثه لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما
هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من
الصحابه وفي الاشراف احتج ابو ثور بان عمر جعله ابنهما
والمشهور عن علي رضي الله عنه في مسله القرعه لكن لم يعول على
قول القافه وقال ابن المنذر وعن ابي حنيفه اذا وطي جاريته
ولم يحصنها فهو في سعه من انكاره وقد تقدمت المسله وانما
اعدتها لكلامه قال وهو خلاف حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم
في ابن جاريه زمعه روته عايشه رضي الله عنها قال اختصم سعد
ابن ابي وقاص وعبد بن زمعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
سعد يا رسول الله اوصاني اخي عتبه اذا قدمت مكه ان انظر
الى ابن امه زمعه بن قيس فاقبضه الي فانه ابنه وقال عبد بن
زمعه اخي ابن امه ابي ولد على فراش ابي فراى رسول الله صلى الله عليه
وسلم شبها بينا بعتبه فقال هو لك يا عبد بن زمعه الولد
للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سوده متفق عليه وهي

زوجته عليه السلام قال وخلاف حكم عمر رضي الله عنه بين المهاجرين
والانصار وهو خطا قلت هو قول الحسن بن ابي الحسن
البصري وعامر الشعبي التابعين الجليلين الكبيرين وهما اخبر بخبر
رسول الله صلى الله عليه وسلم وبخطبه عمر من ابن المنذر وقول
عمر مضطرب ومذهبنا قول زيد بن ثابت وعبد الله بن عباس
وغيرهما من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا منه تخطيه
لاصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم والحسن والشعبي كما
ذكرنا عنهم قال المنذري كانت هذه الامه عليها ضريبه في
الجاهليه تبغي وربما ياتيها سيدها فظهر بها حمل كان يظن انه من
عتبه اخي سعد بن ابي وقاص وهلك كافرا وقوله هو لك يا عبد بن
زمعه ليس نصا في الحكم بنسبه من زمعه بل فيه ما ينفيه وهو
قوله عليه السلام لسوده زوجته عليه السلام احتجبي منه فلو
ثبت نسبه منه بالفراش بحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم لما امرها
بالاحتجاب من الاخ وقد ثبت انه عليه السلام قال لعايشه ليلج
عليك افلح فانه عمك من الرضاعه وهي اجنبيه نسبا منه اليه لاجل
المحرميه بالرضاع وامرها بالاحتجاب من اخيها ابن ابيها لاجل
الشبه الذي لا اعتبار به في الشرع وقد ذكر المنذري انها كانت
من البغايا وابنها هذا عبد الرحمن وله عقب بالمدينه ذكر ذلك
المنذري وقوله هو لك اي في يدك لا ننزع منك وقوله الولد
للفراش ليعلم سعد اي انت تدعي لاخيك وليس له فراش وانما
ثبت النسب منه لو كان صاحب فراش ولا فراش لاخيك عتبه

الرحم [illegible] عليه السلام كان [illegible]
[illegible] احتجابها [illegible]

فهو تامر والعاهر له الحجر وقد تبين هذا وكشفه ما رواه الحافظ ابو جعفر
الطحاوي ان زمعه كان يطئ ان رجلا اخر يقع على جاريه فمات زمعه
وهي حبلى فولدت غلاما يشبه الرجل فيه قال لسوده اما انت
فاحتجبي منه لانه ليس لك باخ وروي هو لك عبد بحذف حرف الندا
ذكره المنذري في مختصره لسنن ابي داود ويروى ليس لك باخ
والحديث فيه اضطراب كثير قال ولانهما استويا في سبب
الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والنسب وان كان لا
يتجزأ لكن يتعلق به احكام متجزيه كالميراث والنفقه والحضانه
والتصرف في المال واحكام غير متجزيه كالنسب وولايه الانكاح
فما يقبل التجزيه يثبت في حقهما على التجزيه وما لا يقبلها يثبت في
حق كل واحد منهما على سبيل الكمال كانه ليس معه غيره الا اذا
وجد الترجيح في حق احدهما اذ المرجوح لا يعارض الراجح كما لو كان
احدهما ابا او كان احدهما مسلما والاخر ذميا لوجود المرجح في حق
المسلم ولهذا اذا اسلم احد ابوي الصغير يجعل مسلما باسلامه
وكذا يترجح الاب لان له حقا في مال الابن ولا حق للابن في مال
الاب حتى لو وطئ جاريه ابيه وقال ظننت انها تحل لي لا يثبت
نسبه ودعوه الحر اولى من العبد والمرتد اولى من الذمي والكتابي
اولى من المجوسي وتصير الامه ام ولد لهما وعلى كل واحد منهما نصف
عقرها ويصير قصاصا بما له على الاخر وينبغي ان لا يجب شي لعدم
الفائده لعدم المطالبه به كما لو زوج امته من عبده لا يجب شي
لعدم الفائده في احدى الروايتين لان المولى لا يطالب عبده بذلك

وفي المنافع فيه فائده لانه ربما تقوم احدهما بالدراهم والاخر
بالدنانير فيدفع الدنانير وياخذ الدراهم ولانه يجوز ان يسقط
احدهما حقه ويبقى حق الاخر فيطالبه به ويرث الابن من كل
واحد منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث اب واحد
لاستوائهما في السبب الا اذا زالت مزاحمه احدهما ثم مات الابن
لانه للباقي منهما كما ورد وفي المنافع للباقي منهما جميع ميراثه
وفي الاكمال قال عياض اختلف الابون من القول بالقافه
في حكم ما اشكل من ذلك وتنوزع فيه فقال ابو حنيفه رضي الله
عنه يثبت منهما وكذا من المراتين وقال ابو يوسف يلحق برجلين
دون امراتين وقال محمد بن الحسن يلحق بالاباء وان كثروا ولا يلحق
الا بام واحده وكذا لو كانت الامه بين ثلثه او اربعه او خمسه
فادعوه جميعا فهو ابنهم وقال ابو يوسف لا يثبت النسب
من اكثر من اثنين اذ القياس ينفي ثبوت النسب من اثنين لكنه ترك
لاثر عمر فما زاد يبقى على الاصل وقال محمد لا يثبت لاكثر من ثلثه
اذ الثلثه معتاده في الحمل الواحد وروي عن ابرهيم انه يثبت
النسب من ثلثه وما زاد فليس بمعتاد في الحمل ولابي حنيفه ان
ما زاد على الاثنين مساو للاثنين في الاستحقاق ولا فرق
بين ان يكون الانصبا متساويه في ذلك او متفاوته وعلى اصل
ابي يوسف ومحمد اذا ادعوا اكثر من ذلك لم يكن بعضهم اولى
من بعض ذكره في جوامع الفقه وغيره من الكتب قوله
واذا وطئ المولى جاريه مكاتبه فجاءت بولد فادعاه ان صدقه

المكاتب ثبت نسبه منه وعن ابي يوسف يثبت من غير تصديق منه كالاب ووجه الفرق على الظاهر ان المولى لا يملك تملك جاريه مكاتبه لانه اجنبي عن كسبه والاب يملكه عند الحاجه ولهذا لا يجب على الاب عقر ولا قيمة الولد وتصير الموطوءة ام ولد وانما يجب عليه قيمتها والمولى يجب عليه عقرها وقيمة ولدها ولا تصير ام ولد لانه لم يملكها بالاستيلاد لان ماله من حق الملك كاف للاستيلاد وان كذبه لا يثبت نسبه لما ذكرنا انه قد حجر على نفسه في اكساب مكاتبه لكن لو ملكه يوما من الدهر عتق عليه وثبت نسبه لزوال المانع وفي التكمله لا يحل للمولى وطي مكاتبته فان وطيها فعليه عقرها وفي الاسبيجابي فان علقت منه كانت بالخيار ان شاءت عجزت فصارت ام ولد وان شاءت مضت على كتابتها واخذت عقرها ولا يشترط تصديق المكاتبه لقيام ملكه فيها وفي التنبيه لو وطيها يلزمه المهر وان احبلها تصير ام ولد فان ادت الكتابه عتقت وتعتق بموت سيدها ايضا وفي المدونه لو وطيها نهي على كتابتها فان حملت منه فلها ان تعجز نفسها وترجع ام ولد وقال سعيد بن المسيب ان حملت بطلت كتابتها وصارت ام ولد وهو قول الحكم وفي المغني وطي المكاتبه بغير شرط حرام عند الجمهور كابن المسيب والحسن والزهري ومالك والليث والثوري والاوزاعي والشافعي مع اصحابنا وسل له وطيها في الوقت الذي لا يشغلها عن السعي وان شرط وطيها فهو باطل عند المذكورين وقال سعيد بن المسيب وابن حنبل له ذلك ولا حد عليه عند

عامة اهل العلم وعن الحسن والزهري يحد وان اولدها صارت ام ولد ولو وطي جاريه مكاتبه فعليه عقرها لسيدها وولدها منه حر وعليه قيمتها وتصير ام ولد وقد ذكرنا انها لا تصير ام ولد عندنا ولا يجب قيمتها وبالوطي لا تنفسخ الكتابه وقال الليث تنفسخ وتعود قنا والعقر يجب للمكاتبه بوطيها اكرهها على ذلك او طاوعته وقال قتاده يجب ان اكرهها ولا يجب ان طاوعته ونقله المزني عن الشافعي ومنصوص الشافعي وجوبه في الحالين وقال مالك لا شي عليه لانها ملكه قلنا هو عوض منفعتها كعوض اطرافها فصار كوطي الاجنبي فان العقر فيه لها وفي المحيط يجوز اعتاق ام الولد وكتابتها لتعجيل الحريه وكذا تدبيرها لانه يجتمع لها سببا الحريه وفي غيره لا يصح تدبيرها لانه لا يفيد وفي جوامع الفقه لو استولد مدبرته بطل التدبير حتى تعتق من جميع المال ولا تسعى في الدين ولو باع خدمة ام الولد منها جاز وعتقت كما لو باع رقبة العبد منه هكذا رواه ابن سماعه عن ابي يوسف وذكر ابن سماعه عن ابي يوسف ان بيع الخدمه باطل ولا تعتق بخلاف بيع رقبتها منها حيث تعتق فروع ذكرها في الخزانه استولد جاريه احد ابويه او امراته وقال ظننت انها تحل لي لم يثبت نسبه منه ولا حد عليه وان ملكه يوما عتق عليه وان ملك امه لا تصير ام ولد لعدم ثبوت نسبه وقد تقدمت المسله ولو ولدت جاريه رجل منه وقال احلها لي والولد ولدي وصدقه المولى في الاحلال وكذبه في الولد لم يثبت نسبه فان ملكها يوما

ثبت نسبه وصارت ام ولد له ولو صدقه في الولد ثبت نسبه
وهو عبد لمولاه وفي المغني ومن اجاز بيع ام الولد اذا لم تبع حتى
مات ولا وارث له الا ولدها عتقت عليه وان كان له وارث غيره
يحسب من نصيب ولدها وان كانت قيمتها اكثر من نصيبه عتق منها
قدر نصيبه وان لم يكن لها ولد وارث من سيدها ورثها بقيه ورثته
كما يرث رقيقه اشترى جاريه حاملا من غيره فوطيها قبل وضعها
لا يلحقه الولد ولكن يعتقه لانه شركه فيه اذ الما يزيد في الولد

كتاب ——— الأيمان الايمان جمع يمين
ويجمع على ايمن ايضا وفي المغرب سمي الحلف والقسم يمينا لوجهين
احدهما ان اليمين هو القوه قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين اي
بالقوة والحالف يتقوى باليمين بالله تعالى على الحمل او المنع يسمي بها
والثاني انهم كانوا يتماسكون بايمانهم بمسك كل واحد من المتعاقدين
بيمينه يمين صاحبه فسمي الحلف يمينا للزوم اليمين فيها وسمي
المحلوف عليه يمينا ايضا لتلبسه بها ومنه من حلف على يمين
الحديث وهي مؤنثه وايمن الله جمع يمين عند الكوفيين وهمزتها
قطعيه واختاره الزجاج وابن كيسان وابن درستويه وقالوا انما
خففت همزتها وطرحت في الوصل لكثرة استعمالهم والمفرد لا ياتي
على افعل وقل آنك واسنمة وانمله لغيه وعند سيبويه ليست
جمعا والهمزة للوصل والجمع لا يجوز ان تخفف ويبقى على حرف واحد
كقولهم م الله قال ——— ابو الحسن لا تستعمل ايمن الله الا بالرفع
دون النصب والجر ولا تستعمل الا في القسم وام ايمن حاضنة

رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا في الحديث وقال الجوهري
اعتقها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي حاضنة اولاده وقد
تقدمت في باب الاستيلاد وفي الصحاح وربما حذفوا النون
من ايمن فقالوا ايم الله وإيم الله ايضا بكسر الهمزة وربما حذفوا منه
اليا ايضا فقالوا امُ الله وربما ابقوا الميم وحدها مضمومة
ومكسورة فقالوا مُ الله ومِ الله وربما قالوا مُنُ الله ومَنَ الله
ومِنِ الله بضمها وفتحها وكسرها قال ——— الحطيئه
اذا ما راية رفعت لمجد تلقاها عرابة باليمين
يريد بها القوة وفي الخلل اسماوها ستة قسم ويمين وحلف
وعهد وميثاق وايلاء وحروفه ستة البا ام الباب يدخل
على الظاهر والمضمر كقولك بالله وبه والواو بدل من البا لا يدخل
على المضمر وليست بعوض عنها والتا بدل من الواو يدخل على
الله تعالى خاصه كقوله تعالى تالله تفتا تذكر يوسف والحق به
الاخفش ترب الكعبة وهو شاذ والفعل يحذف مع الواو والتا
وجوبا لا يقول اقسمت والله ولا اقسمت تالله وتقول اقسمت
بالله وهي البا الالصاقيه قال ——— اقسم بالله ابو حفص عمر
وقال ——— فاقسمت بالبيت الذي طاف حوله رجال بنوه من قريش وجرهم
واقسم بالله والآيه والمرء عما قال مسؤول واللام
لله لا يؤخر الاجل لله يبقى على الايام ذو حيد بمشمخر به الظيان والآس
اي لا يبقى قال ——— الزندي يشترط في اللام والتا معنى التعجب
وربما جاءت التا في غير التعجب دون اللام ويقول لعمر الله نعم العير

ويمن الله كما تقول ايمن الله وايم الله وم الله قال
من ربي انك لاشر لاها الله ذا حذفت الواو وعوض عنها
حرف التنبيه ويتلقى القسم باللام وان كقولك والله ان زيدا
لمنطلق وبحرف النفي كقولك والله لا يقوم زيد قال الله تعالى
حكاية عن اخوة يوسف تالله تفتأ تذكر يوسف اي لا تفتأ
والمستقبل المثبت باللام والنون المشدده كقولك والله
ليقومن زيد وقد جا حذف اللام تارة وحذف النون اخرى
وحذفهما معا لا يوجد في كلام العرب في المثبت ولا نقل عن احد
من النحويين في علمي وقد ذكر محمد رحمه الله في اخر ايمان الجامع مسله
فيها حذفهما في الاثبات وهي والله لا ادخل هذه الدار ابدا او
ادخل هذه الاخرى اليوم فمضى اليوم قبل ان يدخل واحده منهما
حنث في يمينه قال لانه نص على الابد وانه ينافي الغايه فصير
مخيرا نفسه بين ان لا يدخل الاولى ابدا وبين ان يدخل الثانيه اليوم
فاذا لم يدخل حنث فذكره في الاثبات باسقاط اللام والنون
ويجاب القسم باربعة احرف في النفي ما ولا وفي الايجاب
اللام وان ويثبت الفعل باللام والنون المشدده كما تقدم وفي
الحلل لا بد من معرفه القسم والمقسم والمقسم به والمقسم عليه
وذلك اربعة اشيا فالقسم مصدر والمقسم هو الحالف والمقسم به
اسم الله وصفاته وما يدخله التعظيم والمقسم عليه الفعل الذي
قصد الحالف اثباته او نفيه واما الخامس وهو المقسم له
وهو الذي حلف لاجله فقد يكون وقد لا يكون فلهذا لم يذكره

قال ابو القسم الزجاجي ومن نادر القسم جير لاقومن
قال الرندي تفسيره حقا لاقومن وقاله ابن خروف وقال
ابو الحسن هو حرف بمعنى نعم قلت وهو المذكور في
كتب النحو ومن نادر القسم عوض ذكره في الحلل وانشدوا
رضيعي لبان ثدي ام تقاسما باسحم داج عوض لا نتفرق
وهو ظرف للمستقبل المنفي قوله قال الايمان
على ثلثه اضرب يمين الغموس ويمين منعقده ويمين لغو وفي
المبسوط اليمين نوعان نوع تعرفه اهل اللغه وهو ما يقصد به
تعظيم المقسم به ويسمونه قسما لا يخصونه بالله وفي الشرع
مخصوص بالله لقوله عليه السلام لا تحلفوا الا بالله ولا تحلفوا
الا وانتم صادقون رواه النسائي من حديث ابي هريره وقال
عليه السلام لا تحلفوا بابائكم رواه مسلم والنسائي واحمد وعن
عمر بن الخطاب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ادركه وهو في
ركب وهو يحلف بابيه فقال ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابائكم
فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليسكت اخرجه البخاري ومسلم
وابو داود والنسائي وابن ماجه وروي او ليصمت رواه مسلم
وفي النسائي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بابائكم
ولا بامهاتكم ولا بالانداد ولا تحلفوا بالله الا وانتم صادقون ولان
الله تعالى هو المستحق للتعظيم لذاته والنوع الثاني الشرط
والجزا الصالحان وصلاحيه الشرط ان يكون معدوما على خطر
الوجود وصلاحيه الجزا ان يكون غالب الوجود عند وجود الشرط

ليتحقق الحمل او المنع وكذا اذا كان متحقق الوجود عند وجود الشرط كالتعليق بالملك وبسبب الملك وقد ذكرنا ذلك مستوفى في الايمان بالطلاق وهو يمين عند الفقهاء لما فيه من معنى اليمين وهو المنع والايجاب واهل اللغة لا يعرفون ذلك قلت اذا ذكر في جزاء الشرط طلاق سموه يمين الطلاق وان ذكر فيه عتق سموه يمين العتق ولا ينكره اهل اللغة اذا ذكر مقيدا وانما انكارهم عند اطلاق اليمين قال السرخسي قول محمد الايمان ثلث بيان للنوع الاول قال وهو مروي عن رجلين ابي مالك وكعب بن مالك ولم يرد بذلك عدد الايمان فانها لا تحصر ولا تحصى واراد انها تنقسم في احكامها ثلثة اقسام كما ذكر صاحب الكتاب فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين ياثم فيها صاحبها وهي كبيرة قال لقوله عليه السلام من حلف بالله كاذبا ادخله النار ويروى اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع جمع بلقع وهو الخراب ويتحقق في الحال ايضا ذكره في المبسوط وكذا مع الشك ذكره ابن رشد في المقدمات واليمين الغموس اولى لان الغموس صفة اليمين والموصوف لا يضاف الى صفته ومثله في المنظومه ولو نوى النقل نعن صدر الاجل وغيره فقالوا عن الصدر الاجل بحذف الفاء ويمكن ان يقدر ويمين الاثم الغموس كانها تغمس صاحبها في الاثم فعول بمعنى فاعل كصبور بمعنى صابر من ضرب ويستوي فيه المذكر والمؤنث ويتحقق مع الشك ايضا ذكره في المغني ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار عند الائمة الثلثة واصحابهم

وهو قول اكثر اهل العلم منهم ابن مسعود رضي الله عنه وابن عباس وسعيد بن المسيب وابي سعيد الحسن بن ابي الحسن البصري والاوزاعي والثوري والليث وابي عبيد وابي ثور واصحاب الحديث وداود الظاهري وفي الاشراف وهو قول مالك ومن تبعه من اهل المدينه والاوزاعي ومن وافقه من اهل الشام والليث واهل مصر وقول الثوري واهل العراق وابن حنبل واسحق ابن راهويه وابي ثور واصحاب الحديث وقال الشافعي تجب فيها الكفارة قال ابو بكر بن المنذر لا نعلم خبرا يدل على هذا القول والكتاب والسنة دالة على القول الاول قلت والقول الثاني قول عطا والزهري وعثمان بن سليمان البتي ولحان ابن حزم وخالف الظاهرية في المحلى في شرح المجلى لجمهور اهل العلم ادلة الدليل الاول قوله عليه السلام من الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس رواه البخاري وجه التمسك به من وجهين احدهما انه لو كان فيه كفارة لذكرها والوجه الثاني الاعتبار باخواته من الشرك وقتل النفس وعقوق الوالدين والدليل الثاني روي عنه عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيها وذكر منها الحلف على يمين فاجرة يقتطع بها مال امرئ مسلم وفي رواية ابن شاهين يقتطع بها مالا بغير حق مع ان النافي لا يحتاج الى دليل لان براة الذمة اصل ورواه ابو الفرج عن ابي هريرة عن النبي عليه السلام في التحقيق وفي

حديث الحضرمي قال عليه السلام أَمَا لين حلف على مال لياكله ظالما
ليلقين الله وهو عنه معرض اخرجه مسلم وابوداود والترمذي
والنساى والدليل الثالث عن عبد الله بن مسعود وعبد الله
ابن عباس رضي الله عنهم قالا كنا نعد اليمين الغموس من الكباير التي
لا كفارة فيها وهو اشارة الى الصحابه وحكايه اجماعهم ذكره سبط
ابن الجوزي وابن حزم عن ابن مسعود ذكره في المحلى وكذا ابن
المنذر والدليل الرابع عن عمران بن حصين قال النبي عليه السلام
من حلف على يمين مصبوره كاذبا فليتبوا بوجهه مقعده من
النار قال الخطابي المصبوره اللازمه من جهه الحكم فصبر
لها اي حبس والصبر الحبس هكذا في معالم السنن ورواه ابوداود
ولو اوجبت كفاره لم يكن ذلك جزاها والدليل الخامس عن
ابن عباس ان رجلين اختصما الى النبي عليه السلام فسال الطالب
البينه فلم يكن له بينه فاستحلف المطلوب فحلف بالله الذي
لا اله الا هو فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بلى قد حلفت
ولكن قد غفر لك باخلاص قول لا اله الا هو اخرجه النساى وابوداود
وقال يراد من هذا الحديث انه لم يامره بالكفارة ولا كفاره فيها
لانه عليه السلام جعل كفارتها اخلاص قول لا اله الا هو كما هو مذهبنا
وعند الشافعي لا يسقط الكفارة بذلك والدليل السادس قوله
سبحانه وتعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يواخذكم بما
عقدتم الايمان رتب الكفاره على اليمين المنعقده والغموس غير منعقده
لاستحاله البر فيها وانما تعقد للبر وهنا قارنها ما ينافيها وهو

الحنث فلم ينعقد كالنكاح الذي قارنه المحرميه والرضاع فان قيل
الايه حجه لنا لان الله قسم الايمان قسمين لغوا ومنعقده والغموس
ليست لغوا فيجب ان يكون منعقده قلنا الايه خرجت على
الغالب في المسلمين وهو اللغو والمنعقده فاما الغموس فانها كبيره
لا يحلفها الا من لا دين له فلم يكن مشروعه والدليل السابع ان
الله سبحانه امر بحفظ الايمان بعد ما شرع الكفاره فيها بقوله
واحفظوا ايمانكم والامر بالحفظ انما ياتي في المستقبل الذي
يقبل التضيع والغموس لا يتصور ذلك فيها فدل على انها خارجه
عن الايه والدليل الثامن الجمع بين الحل والعقد محال اذ
الحل يكون بعد العقد فلو كانت اليمين الغموس منعقده لاجتمعا
وهو محال كما ذكرنا وهو عن اهل خراسان والدليل التاسع
قوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنًا قليلا
فذكر الله سبحانه اليمين الكاذبه وعظم فيها الخطب ولم يذكر
فيها الكفارة وهي اعظم من ان يكون صوم ثلثه ايام كفارة لها
قال ابن المنذر في الاشراف وهو اعظم من ان يكفره ما يكفر اليمين
المنعقده فانها مباحه وهكذا روى هذا المعلل عن ابي حنيفه ومالك
ومحمد بن الحسن فكان شرعها بالراي باطلا ولا يجوز ان يقال المراد
بالايه الكفار لانها نزلت في مسلمين وهما الاشعث بن قيس وابن عمه
في الصحيحين والدليل العاشر انه اللعان ولم يجب فيها كفاره
وكان ينبغي ان يجب على الكاذب منهما اربع كفارات وكان هذا موضع
بيان لو كان للوجوب فيها اثر لانه عليه السلام اخبر ان احدهما

كاذب وقال هل فيكما من تايب فمن ان الواجب على الكاذب في يمينه
التوبه لا غير والدليل الحادي عشر ان اليمين في المستقبل الزام
معنى وتوكيد عزم على الفعل أو الترك وليس في الماضي معنى بقصد
ولا عزم يوكد بل هو مكر وخديعه ودخل وخبر لا مخبر له وقصد
البر في المستقبل صحيح وقصد الصدق في الكذب الماضي لا يتصور
وهذا بين لمن تامله ٥ اخر الجز السابع والحمد لله وحده

وارد
[illegible]

Süleymaniye Kütüphanesi
Kısmı Kadızade Mehmet
Yeni Kayıt No
Eski Kayıt No 199